



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



CLÓVIS MARINHO DE BARROS FALCÃO

**UM OLHAR PRAGMÁTICO SOBRE TEORIAS DO DIREITO:
A VERDADE ESTÉTICA COMO REAÇÃO À INCERTEZA**

Tese de Doutorado

RECIFE
2013



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



CLÓVIS MARINHO DE BARROS FALCÃO

**UM OLHAR PRAGMÁTICO SOBRE TEORIAS DO DIREITO:
A VERDADE ESTÉTICA COMO REAÇÃO À INCERTEZA**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e dogmática do direito

Linha de pesquisa: Linguagem e direito

Orientador: Gustavo Just da Costa e Silva

RECIFE
2013

F178o Falcão, Clóvis Marinho de Barros
Um olhar pragmático sobre teorias do direito: a verdade estética como reação à incerteza / Clóvis Marinho de Barros Falcão. – Recife: O Autor, 2013.
271 f.

Orientador: Gustavo Just da Costa e Silva.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Filosofia. 2. Pragmatismo. 3. Verdade (Estética). 4. Justiça (Filosofia). 5. Rawls, John, 1921-2002 - Crítica e interpretação. 6. Dworkin, Ronald, 1931-2013 - Crítica e interpretação. 7. Dewey, John, 1859-1952 - Crítica e interpretação. 8. Teoria do conhecimento. 9. Hermenêutica (Direito). 10. Linguagem e línguas - Filosofia. I. Silva, Gustavo Just da Costa e (Orientador). II. Título.

340.1 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2013-041)

Clóvis Marinho de Barros Falcão

**“Um Olhar Pragmático Sobre Teorias do Direito: A Verdade Estética Como
Reação à Incerteza”**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade De Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

Professor Dr. **George Browne Rego** (Presidente/UFPE)

Julgamento _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Adrualdo de Lima Catão** (1º Examinador externo/UFAL)

Julgamento _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Flamarion Tavares Leite** (2º Examinador externo/UFPB)

Julgamento _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **José Arlindo Aguiar Filho** (3º Examinador externo/UEPB)

Julgamento _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Torquato Silva Castro Júnior** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento _____ Assinatura: _____

Recife, 23 de agosto de 2013

Coordenador Prof. Dr. **Marcos Antonio Rios da Nóbrega**

AGRADECIMENTOS

À força oculta que cria, transforma e destrói, que engana e dá esperança. Aquela que criou o mundo e nos escondeu seu sentido. A ela, agradeço por essas e muitas outras incertezas.

À Universidade Federal de Pernambuco, por ter me formado e, principalmente, por ter me desfeito.

Ao direito, por minha estupefação ante suas intrigantes contradições.

À razão, sem motivo ou razão.

À filosofia, pelo nada.

À morte, por nos incitar tão enganosamente bem a procurar um sentido.

Ao espírito familiar, que aparece nos laços de sangue e, com beleza e mistério, deita-se sobre o visível e o invisível. Aos amigos e familiares, e a tudo que nos liga ao universo, uma mensagem de amor e a certeza de que somos um só.

A Leinha, por me ensinar a fechar os olhos. Minha amiga, minha companheira, meu futuro.

E um especial agradecimento à associação brasileira de normas técnicas, por me fazer redigir esta página.

RESUMO

FALCAO, Clovis. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. 2013. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

A teoria do direito atual apresenta fortes tendências céticas e relativistas, relacionadas à queda da modernidade e do ideal de ciência cartesiano. Essa é uma linha coerente, mas não a única possível. O olhar pragmatista, menos exigente em relação aos métodos racionais, não pressupõe uma tão séria crise da razão. A verdade estética do pragmatismo clássico reconhece a importância de elementos sutis da argumentação, permitindo uma melhor convivência com o ambiente de incerteza da filosofia. Essa aceitação dos frágeis critérios de verdade pós-modernos permite que se enxergue melhor a importância de justificações modestas, contextuais. Ao aceitarem construir teorias da justiça a partir desse conceito deflacionado de verdade objetiva, John Rawls e Ronald Dworkin mostram, com a cautela de suas teorias, os elementos racionais do consenso público sobre valores morais. Esse modelo menos exigente da ordem pública, como reação às dificuldades da epistemologia pós-moderna, é bem adaptado ao ambiente de incerteza. Esta tese defende não haver contradição entre o ceticismo pós-moderno e as verdades absolutas em discussões morais, uma vez aceita a verdade estética do pragmatismo clássico de William James, Henri Bergson e John Dewey.

PALAVRAS-CHAVE

Direito - Epistemologia - Estética - Interpretação - Dewey - Rawls – Dworkin

ABSTRACT

FALCAO, Clovis. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. 2013. 271 p. Doctoral Thesis (PhD of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

The current theory of law has strong skeptical and relativist tendencies, related to the fall of illuminist thought and a strong opposition to the Cartesian model of science. This is a consistent idea, but not the only way to do theory of law. The pragmatist point of view demands less from rational methods, and does not suppose such a dramatic idea as the crisis of modern reason. The aesthetic idea of truth of classical pragmatism recognises the importance of subtle elements of argumentation, allowing better interaction with the uncertainty of philosophy. The acceptance of this deflated idea of truth allows us to see the importance of modest and contextual justifications. John Rawls and Ronald Dworkin, using deflated concepts of truth and objectivity, show a different way to grasp the rational elements of the public consensus. This less demanding model of public order, as a reaction to the difficulties of postmodern epistemology, is well adapted to the environment of uncertainty. This thesis argues that there is no contradiction between the postmodern skepticism and moral absolutes in social and moral theories, once accepted the aesthetic idea of truth brought by the classical pragmatism of William James, Henri Bergson and John Dewey.

KEYWORDS

Law - Pragmatism - Epistemology - Aesthetics - Interpretation - Dewey - Rawls - Dworkin

SUMÁRIO

Introdução	9
Parte I – A reação ao positivismo	26
1. A pragmática transcendental de Karl-Otto Apel	29
1.1 As preocupações morais da pragmática transcendental	29
1.2 A fundamentação epistemológica da pragmática transcendental	38
1.3 Wittgenstein, segundo a pragmática transcendental	51
1.4 Considerações críticas sobre a pragmática transcendental	60
a) Solipsismo	60
b) O jogo de linguagem transcendental	62
c) Análise estética da pragmática transcendental	67
2. H.L.A. Hart e a utilidade do positivismo jurídico formalista	71
2.1 O formalismo positivista de Hart	72
2.2 A crítica pragmatista	74
2.3 O positivismo de Hart	80
2.4 As sutilezas do positivismo	88
a) A lógica do razoável de Recaséns Siches	88
b) Hart, o cético	93
Parte II – O iluminismo pragmático	96
3. O projeto iluminista, segundo Ian Shapiro	99
3.1 O pensamento político iluminista	99
3.2 Reações ao projeto iluminista e iluminismo maduro	107
4. O pragmatismo de Richard Posner	117
4.1 Uma teoria em três partes	119
a) Pragmatismo	121
b) Análise econômica do direito	124
c) Liberalismo	129
4.2 O pragmatismo e os problemas jurídicos	134
4.3 Antecipando a discussão da filosofia pragmática	150
Parte III - O olhar pragmático	155
5. A estética pragmatista em etapas	155
5.1 A vontade de crer de William James	158
5.2 A evolução criadora de Henri Bergson	165

5.3 Lições do empirismo radical para a teoria jurídica	169
5.4 A epistemologia estética e social de John Dewey.....	173
a) Pensamento qualitativo e pensamento quantitativo	174
b) A estética social de "Art as experience"	177
5.5 A estética pragmática como resposta à pós-modernidade	194
6. A teoria de John Rawls	198
6.1 Sobre teorias da justiça	198
6.2 John Rawls: da estrutura racionalista à estética do consenso coincidente.....	202
a) Visão geral e os princípios de justiça.....	202
b) O racionalismo de "Uma teoria da justiça"	207
c) O consenso coincidente.....	210
6.3 A estética social de John Rawls	218
7. Ronald Dworkin: a reação à incerteza	226
7.1 O direito como integridade	227
7.2 A reação ao pragmatismo.....	236
a) A teoria moral	238
b) Razões para a crença moral.....	241
c) O pragmatismo filosófico, a descoberto.....	243
7.3 A estética como argumento na teoria do direito	246
Conclusão.....	252
Referências.....	265

Introdução

Eventualmente, na história do pensamento, ocorrem mudanças paradigmáticas importantes, que exercem forte influência durante um longo tempo. Quando há um grande domínio de um determinado paradigma sobre uma área do conhecimento, o pensamento fica condicionado, impedindo que se oxigene o campo de estudo com novas reflexões. Em um cenário assim, faz-se necessário um olhar novo, que mude a perspectiva e renove o quadro. Às vezes isso significa uma mudança total do paradigma, mas não necessariamente; muitas vezes, o novo olhar comprova que o paradigma dominante pode ser útil e criativo ainda por um bom tempo.

Um caso de paradigma dominante ocorre na teoria do direito, como parte do movimento cultural que recebe a denominação pouco precisa de "pós-modernidade". De forma mais ou menos acentuada, é frequente na teoria do direito a ideia de que o iluminismo propôs um modelo geometrizarante, superado na contemporaneidade por um entendimento mais contextual da ciência e da moral. Não raras vezes, chega-se à conclusão, exageradamente cética, de que nenhuma verdade em assuntos morais é válida, considerando-se qualquer atribuição racional de direitos apenas um jogo de interesses disfarçado de raciocínio lógico.

É necessário reconhecer que a ideia central da pós-modernidade (ou pós-positivismo) é frutífera, e inspira reflexões importantes. Esse movimento pós-positivista, que se apresenta sob várias formas, não é essencialmente errado, e não possui mais contradições do que grandes tendências intelectuais normalmente possuem. O pragmatismo, a retórica, a hermenêutica, o historicismo, a lógica do razoável e o neoconstitucionalismo, cada um à sua maneira, tentam renovar as formas do direito e aumentar a sensibilidade do intérprete às peculiaridades do caso concreto. A direção adotada por essas tendências pós-positivistas é bastante acertada.

Justamente por ser tão acertado, esse movimento na interpretação jurídica condiciona mais do que o necessário o olhar da teoria do direito. No afã de combater o formalismo, o ideal iluminista é muitas vezes visto como um grande erro, o voo de Ícaro da técnica. Essa visão trágica, condicionada por uma expectativa exagerada sobre a razão, é apenas um dos olhares possíveis. O olhar que transforma o encanto

iluminista em desencanto é decorrente de uma exagerada exigência sobre o método. Modificando-se a expectativa filosófica sobre métodos racionais e verdades, diminui o desencanto, e os critérios de objetividade que o direito tem à mão podem ser mais facilmente aceitos pela sua teoria.

O pragmatismo clássico é uma filosofia que inspira essa mudança de olhar. Com sua ideia de verdade estética, ele não rejeita por completo os pressupostos pós-positivistas, mas oferece uma perspectiva mais construtiva das ferramentas sutis da racionalidade moral. Com uma perspectiva menos exigente sobre o conceito de verdade, as ilusões de objetividade deixam de ser ilusões e passam a ser instrumentos de uma harmonia tão abrangente como útil. No ambiente de incerteza da pós-modernidade, em que as ferramentas racionais são tão frágeis, uma mudança de perspectiva como essa é necessária para se compreender o valor relativo dos argumentos.

Ilustro com uma metáfora. Na teoria do direito, o olhar pragmatista funciona como uma lente de aumento. A olho nu, todas as certezas da pós-modernidade são frágeis, e a conclusão óbvia é que a verdade não existe, e quem a utiliza está iludido, quer iludir, ou ambos. Com a lente de aumento, é possível considerar os argumentos em relação a eles mesmos (seu valor relativo), e não em relação a uma verdade macroscópica inexistente. Enxergando e valorizando os pequenos detalhes, constroem-se edifícios diminutos, porém relevantes na perspectiva microscópica. Além disso, construindo-os com a lente de aumento, seus diferentes componentes (as ideias) podem ser combinados de forma mais precisa e estável, resultando numa estrutura mais coerente e mais capaz de resistir às intempéries.

Como é uma mudança de olhar sutil, difícil de ser apontada em um caso isolado, essa tese tece comentários sobre um grupo razoavelmente grande de tendências teóricas. Para que não se tornasse um trabalho enciclopédico, é dada prioridade textos específicos (artigos, na maioria das vezes) de autores que sentiram o problema da incerteza e, para resolvê-lo, modificaram ao longo da carreira suas expectativas com relação a um método racional. Uns mais relutantemente que os outros, mas todos sentindo a necessidade de utilizar critérios de verdade mais sutis, para não caírem no relativismo ou no ceticismo.

Essa mudança de perspectiva é relevante para o direito porque a teoria jurídica é particularmente sensível ao ambiente de incerteza. A prática do fórum pode passar sem muitas perturbações filosóficas, mas o divórcio entre uma prática certa e uma teoria cética não é bom para nenhuma das duas, e cedo ou tarde a separação cobra o preço. O olhar pragmático permitiria, com a percepção das sutilezas, e passo a passo, diminuir o fosso entre os dois âmbitos. Esta tese não chegará a considerações teóricas específicas, já que a preocupação teórica aqui é mais geral, mas aponta nessa direção.¹

Como a tese se insere em diferentes tradições, tanto da filosofia geral como da filosofia do direito, sua importância se espalha por vários planos: epistemológico, jurídico, político e hermenêutico. Esses quatro planos não significam que a tese seja quatro vezes mais importante do que se destacasse apenas um; significa que, como um estudo sobre fatores humanos, as preocupações naturalmente se distribuem por diferentes níveis. Destacá-los não visa a erudição, mas sim a clareza.

No plano epistemológico, o principal, propõe-se aceitação de que a verdade é mais uma estética do que um estado de coisas determinado pela obediência a certos padrões ou formas. Há pouca novidade em dizer que um esquema *a priori* não garante a verdade ou a utilidade de uma asserção que dele decorra, uma vez que as teorias contemporâneas trabalham acertadamente a insuficiência de esquemas lógicos para a determinação do conteúdo. No entanto, há alguns padrões aceitos até pelas tendências pós-modernas que muitas vezes passam despercebidos e são igualmente prejudiciais à compreensão do ambiente de incerteza. Tomem-se, por exemplo, as metáforas espaciais, que são úteis para a lógica, mas forçam o pensamento a tentar identificar os conceitos e seu lugar numa suposta cadeia de raciocínio. Na experiência, que é a razão de ser do pensamento, sua origem e destino, as informações não vêm em uma

¹ Cito um exemplo. Uma teoria do direito que compreendesse os instrumentos racionais relevantes na formação da ordem pública, e também conseguisse entender a passagem desses debates da praça pública para o fórum, poderia reconectar o discurso jurídico com o discurso político que lhe fornece a estrutura básica. O discurso sobre princípios ganharia, assim, um tom mais substancial, social e político, sem nesse processo abdicar da metodologia. É uma boa forma de ampliar o debate. Uma teoria como essa poderia começar com o consenso coincidente (*overlapping consensus*), de John Rawls.

cadeia organizada. (Elas também não vêm de maneira desorganizada, uma vez que para tal seria necessário as comparar com alguma ordem pré-definida.) Elas simplesmente vêm. Achar o lugar delas em uma ordem por nós concebida é a maneira que encontramos para dominar o ambiente. Nós gostamos de criar a narrativa que define nossas experiências, e usar as metáforas "antes e depois" ou "superior e inferior" produz em nós o sentimento de familiaridade. No entanto, existe o risco de exagerar a importância de um instrumento tão útil como a metáfora de posições, garantindo-lhe um papel maior do que sua função inicial e fazendo dela um modelo para a experiência em geral. É comum que se tente elevar um instrumento à condição de modelo abrangente, e nesse exato momento um bom instrumento mental deixa de ser uma ferramenta e se torna um obstáculo ao fluxo da experiência; esta, cedo ou tarde, prevalecerá sobre ele. A ideia de conjunto da filosofia matemática, que abusou da metáfora dentro/fora, teve como consequência uma concepção excessivamente formal da linguagem natural.

Certeza, segurança e lógica são termos comumente associados, no discurso intelectual ou fora dele. Algo lógico é algo que faz sentido, e o que faz sentido é útil, seguro, certo. Na grande parte dos casos, isso se aplica, e não há erro no uso do termo "lógica" significando bom senso ou confiabilidade. No entanto, se o *logos* para os gregos antes de Platão não tinha um sentido instrumental, o uso instrumental da lógica foi incorporado à cultura e pauta o uso da técnica, bem como a imagem que a filosofia tem da ciência experimental. Indução e dedução são as bases da lógica instrumental (ignoro a discussão bizantina sobre existir um terceiro tipo chamado abdução), e supõem uma regra geral à qual se deve chegar (indução) ou da qual se parte (dedução). Em todo caso, se forma uma estrutura com começo (a regra geral), meio (o termo médio) e fim (a conclusão). Essa estrutura, no entanto, é mais a forma de apresentação de um pensamento, útil para explanações e reflexões, do que a gênese desse mesmo pensamento. A intuição na experiência é determinada por fatores que, se não escapam à lógica como um todo, escapam à descrição precisa de um sistema hierárquico, espacial (acima/abaixo, superior/inferior), que exige premissas e conclusão. Há mais do que forma no pensamento vivido; existem, além de premissas ocultas, a impossibilidade de determinar *a priori* sua conclusão. A intuição experiencial antecede a descrição lógica; esta dá clareza, mas não explica uma **causa** do pensamento, como se revelasse sua estrutura. A ideia de que a realidade (ou sua

descrição) possui uma estrutura é um pressuposto não-provado, cuja utilidade não é certa em todo e qualquer cenário.

Pressupõe-se que a estrutura normativa de uma sociedade, em algum momento, deve ser compatível com uma imagem como a de uma pirâmide, com alguns valores no topo e os demais derivando deles, de alguma forma. Rawls utiliza uma metáfora diferente, a da ordem lexical, mas com efeito semelhantes. A compatibilidade com uma organização ideal desse tipo define se uma sociedade é simples ou complexa, ou seja, se há uma obediência clara a valores centrais ou se há várias fontes de valores ou normas. No âmbito das ciências sociais, um dos argumentos mais utilizados para expressar a insuficiência de uma fundamentação racional das sociedades contemporâneas é a grande complexidade da sociedade atual. Essa observação parte da questionável premissa de que sociedades menos complexas permitem a segurança na fundamentação dos valores por serem passíveis de uma descrição piramidal ou equivalente. Afirma-se liminarmente que nas sociedades menos complexas existiria uma ordem fixa, na qual seria possível uma demonstração simples do certo e do errado. Dada a complexa natureza da experiência, é concebível que a distinção entre sociedades simples e complexas seja um instrumento da narrativa histórica, mas não faça jus à complexidade de como essas situações foram vividas. É possível que essas sociedades só pareçam simples a distância, depois de classificadas em grandes grupos (sociedade feudal, muçulmana, medieval, asiática), numa operação (eurocêntrica?) que naturalmente as empobrece. O tempo presente é mais complexo que a descrição que, no futuro, fazem dele os historiadores.

O tom da filosofia da história de Hegel parece exagerado hoje em dia porque não compartilhamos de sua visão de mundo. É possível que utilizemos hoje categorias tão discutíveis quanto Hegel utilizou em sua época, reforçando a ideia hermenêutica de que não é possível se desenraizar de seu próprio tempo ou ter consciência da própria pré-compreensão. A divisão entre sociedades simples e complexas, modernas e pós-modernas, pode estar impregnada categorias discutíveis. Isso não significa que essa seja uma divisão ruim ou inútil, mas abre a possibilidade de, abrindo mão desse pré-conceito, formular outras interpretações dos problemas contemporâneos.

Boa ou má, a suposição de que houve sociedades simples, uniformes, parece a esperança em uma ordem que não se encontra nos tempos atuais, uma utopia do

passado. Essa utopia é uma das causas do desencantamento do mundo que inspira algumas considerações pós-modernas. Sem essa utopia, não se perceberia uma crise da razão mas, no máximo, uma mudança de tom. Quando não se concebe o encanto, não há desencanto. A solução para a encruzilhada pós-moderna pode ser uma mudança de temperamento ao julgar nosso próprio tempo, abandonando a esperança de que a raça humana alguma vez tenha se relacionado sem atrito com a própria experiência.

Nessa linha, fala John Dewey que “sem um ambiente indefinido e incerto, o material de qualquer experiência é incoerente” (Dewey, 1980, p. 195). Isso é, à primeira vista, incorreto, pois um ambiente indefinido e incerto teria de causar incoerência, já que uma descrição, para fazer sentido, deve ser lógica, certa, estável. Não concordando com isso, Dewey afirma corretamente que, quando exigimos da experiência estabilidade e certeza, nossa descrição dela, estável e certa, resulta artificial. A descrição de uma realidade precisa aceitar a incoerência de seu objeto; o discurso precisa entrar no fluxo dos acontecimentos, já que o próprio discurso é um acontecimento que modifica o fluxo, e qualquer descrição parte de um ponto de vista e atende a um propósito enraizado na experiência. As teorias, as justificações e as estruturas lógicas são instrumentos descartáveis no fluxo dos acontecimentos; uma boa descrição é a que mantém e participa da mudança, não a que cria uma imagem estável do mundo que descreve. A descrição (que pode ser uma teoria, um método, uma asserção), nessa linha de raciocínio, é um instrumento que cumpre uma função específica, e pode assumir várias formas, a depender do problema que visa resolver. A incompreensão da função de cada forma descritiva leva à confusão.

A estrutura rígida da dedução jurídica, por exemplo, funciona na situação específica de uma ordem bem estabelecida, tanto em relação às normas válidas em abstrato como à qualificação dos fatos. Essa estrutura estável não pode ser simplesmente generalizada para todo o direito, muito menos para a sociedade. O raciocínio sem obstáculos da simples dedução é um instrumento do direito, como também é a ponderação; quando elevados a métodos ou modelos abrangentes, correm o risco de perder a harmonia que possuem em contextos mais específicos. Para que sustentem uma generalização, precisam ser transformados; essa mudança (estética) do sentido é o que permite que Rawls e Dworkin falem de "sociedade bem ordenada" e

"direito como integridade". Eles não podem usar esses termos "a sério", pois, utilizando-os no sentido habitual, tornariam pesado demais um modelo teórico da sociedade. Ao longo da carreira, esses dois autores diminuíram o peso desses termos em suas teorias.

As metáforas dos dois autores mostram que o encaixe da descrição ou do método com a experiência não é causal ou por semelhança com uma suposta estrutura oculta, mas estético. Isso não significa que a verdade ou a adequação se reduzam à beleza da descrição, mas sim que o o encaixe dos conceitos à experiência é qualitativo, harmonioso, sutil. Como a experiência tem seus próprios caprichos e não depende de uma estrutura pré-concebida, é até mesmo possível que ficções ou evidentes metáforas, como as que Rawls e Dworkin utilizam, tenham mais utilidade do que uma descrição ou teoria intelectualmente impecável. O que a verdade estética do pragmatismo oferece, com a visão qualitativa e estética da experiência, não é um método, mas uma abertura a diferentes formas de lidar com o fluxo dos acontecimentos, e a possibilidade de abandonar alguns dogmas metodológicos. Sendo mais abrangente e menos exigente, o ponto de vista pragmatista oferece um novo olhar sobre antigos problemas e suas correspondentes descrições. Esse olhar sobre o direito possibilita, entre outras coisas, que se aceite a técnica jurídica dogmática ou positivista, mesmo em um ambiente de incerteza pós-moderna, desde que se reconheça seu impacto qualitativo, ou seja, o papel que ele tem na totalidade da experiência e sua relação com outras descrições de mundo e práticas menos hierárquicas ou formais.

No plano jurídico, a abertura pragmatista permite aceitar o método hierárquico do direito como uma forma, entre tantas, de pensamento útil. Não o vê um modelo geral do pensamento jurídico, nem como algo que deve ser rejeitado por um modelo geral do pensamento jurídico; o pragmatismo é pluralista, e aceita a validade simultânea de descrições concorrentes. Isso permite que o teórico do direito não se ocupe tanto com a causa ou a lógica interna das decisões jurídicas, uma vez que a coerência entre descrição e experiência não depende de uma estrutura formal que a valide. Na ordem social, como na estética, as ações vêm antes das descrições; o direito, como descrição social, é apenas mais uma peça de um quebra-cabeça social. O método jurídico dominante, se existir algum, é a ponta do iceberg de um processo

de lutas e contradições sociais que, em nome da sobrevivência da comunidade, são resolvidas em diferentes níveis, sejam os meios de comunicação, as praças públicas ou o próprio direito. Nesse jogo, as normas jurídicas entram como mais um fator, e os métodos que as acompanham não são descrições acuradas de como se formam os valores da sociedade. No plano jurídico, a descrição está a serviço de uma coerência ou harmonia que nasce da contradição da experiência concreta e se renova a cada novo acontecimento. Em suma, o direito não é capaz de explicar sozinho como se constroem os valores sociais, importantes constituintes de sua estrutura formal.

Quando Luis Recaséns Siches propõe a troca do racional pelo razoável na teoria jurídica, comete um acerto e um erro. Ele acerta ao afirmar a insuficiência do conhecimento jurídico de sua época para cuidar da complexidade da experiência social efetiva. Ele erra ao esperar que o direito seja capaz de cuidar das complexidades da experiência social a partir de uma modificação interna de seu método, como se o descompasso entre formas jurídicas e relações sociais fosse causado por uma má compreensão do direito sobre si mesmo. Tal descompasso é, na verdade, inevitável, pois a relação que o direito tem com a realidade que regula é normativa, assimétrica; ele não acompanha o fluxo, mas o retém, o controla. A aparente crise do método jurídico não vem por ele se apoiar em um edifício artificial de conceitos e estar em descompasso com o fluxo da experiência social. Quando a crise ocorre, ela está em outro nível, mais geral. Ocorre a crise de ordem não pela rigidez do método jurídico em si, pois uma eventual rigidez do método do direito pode ser compensada institucionalmente. Sendo o direito causa e efeito do ambiente social, é demasiadamente pretensioso pressupor que os juristas são os mais adequados a julgar a eficiência do seu método ou capazes de, com seus próprios meios, resolverem alguma crise institucional ou metodológica que atravessem.

Isso nos leva à importância política da interpretação pragmatista, pois, sendo o sistema jurídico considerado mais um elemento da experiência, compreende-se a justificação de valores como uma discussão substancial em praça pública, e a ordem social num sentido mais abrangente do que o revelado pela técnica jurídica. Os valores que fundamentam um sistema de leis não são gerados por um método legal (dedução normativa) ou supra-legal (método de ponderação), mas por uma discussão sem forma e conteúdo pré-definidos, desorganizada se comparada a um processo

formal de decisão. A consolidação de valores sociais é um processo contínuo, apoiado na experiência, no processo de construção e reconstrução da esfera pública. Essa interpretação política do direito, que se apoia numa visão mais abrangente da normatividade, não vê uma reforma metodológica interna como solução para uma possível crise pós-moderna. A solução para uma eventual crise desse tipo não é um método de ponderação ou de razoabilidade, mas uma integração das instituições que contribuem para a ordem pública, aceitando uma normatividade que ultrapassa o método e o raciocínio jurídicos. Existindo uma crise metodológica entre o formalismo jurídico e a incerteza pós-moderna, é até mesmo possível que sua solução esteja no reforço do tecnicismo do direito, desde que outros canais de participação dos destinatários das normas permaneçam abertos e eles se reconheçam no produto das discussões correspondentes.

Tentar resolver o problema normativo a partir da reforma de um método, como às vezes ocorre quando se deixa levar pela propaganda da pós-modernidade, é como tentar parar o tempo segurando o ponteiro do relógio. A interpretação pragmatista, com conceitos mais abrangentes de ordem e normatividade, aponta para a complexa formação da ordem pública da qual o direito é apenas um ator, e nem sempre o protagonista. Só na compreensão dessa ordem como um todo é possível entender se o direito ou seu método precisam de reformas. Essa não é uma ideia exclusiva do pragmatismo.

É importante também frisar que a ideia de verdade estética, de Dewey e James, não é inimiga da ordem; pelo contrário, na formação dos valores da ordem pública, ela fornece uma explicação mais aceitável do que um modelo hierárquico. Sua aparente imprecisão vem de seu pluralismo, pois, ao trabalhar com uma ideia tão abrangente de ordem, determinações racionais seriam -- quando úteis -- parciais ou incompletas. Para dar conta da experiência social como um todo, é exigida uma atitude hermenêutica menos rígida, pluralista, sem categorias tão fixas; por essa necessidade é que o pragmatismo flerta com a estética.

O plano hermenêutico, ou literário, aparece ao se proporem, nesta tese, novas interpretações para problemas antigos. A tese epistemológica de base, a da verdade estética do pragmatismo, é abrangente o suficiente para permitir novos pontos de vista sobre autores de diferentes escolas e épocas. Elementos de uma verdade estética

podem ser identificados em Wilhelm Dilthey, Karl-Otto Apel, H.L.A. Hart, Henri Bergson, Richard Posner ou Richard Rorty. Isso não significa que haja uma verdade pragmática escondida na história da filosofia, mas sim que a verdade estética é suficientemente rica para uma mudança de perspectiva aplicável a vários pontos da história da filosofia. Não se trata de um novo e revolucionário paradigma, nem da melhor interpretação possível para as obras trabalhadas, mas sim da produção de interpretações alternativas a partir da troca de um conceito de base. Ao longo da tese, algumas releituras farão sentido, outras talvez façam pouco sentido, mas -- assim se procurará mostrar -- nenhuma delas deturpa os textos interpretados ou o propósito dos autores.

O trabalho é estruturado como um passeio por diferentes obras. A cada parada, são colhidos elementos para compreensão do papel da verdade pragmática na sociedade pós-moderna, para na última parte culminar com a reinterpretação, conforme a verdade estética, das teorias de John Rawls e Ronald Dworkin. Esses autores, por darem uma direção cada vez menos racionalista às imagens usadas em suas teorias, são bons exemplos do raciocínio estético apresentado ao longo dos capítulos anteriores, mesmo não se declarando pragmatistas.

O trabalho é dividido em três grandes partes.

Na primeira parte, “O sentimento antipositivista”, é apresentada a tendência contrária ao paradigma analítico da filosofia da linguagem e ao positivismo em geral. Os elementos centrais da pós-modernidade são analisados a partir da pragmática transcendental de Karl-Otto Apel. As pretensões ao discutir a dicotomia entre modernidade pós-modernidade são bem modestas. Pretendo apenas, a partir de alguns filósofos, ilustrar um embate que repercute na filosofia jurídica, especialmente em relação à interpretação das normas. Destacando as características mais importantes do debate, argumento que a rejeição às ideias modernas ou iluministas deve ser mais cuidadosa do que a teoria de Apel, Alexy, o neoconstitucionalismo ou o pragmatismo de Rorty fazem parecer.

Depois de Apel, apresento a crítica pragmática de Frederick Kellogg à tendência, típica do formalismo jurídico, de separar os campos do direito e da moral. Embora Kellogg não tenha Hart como alvo principal, o texto deste autor rebate críticas idênticas às daquele, mas de uma maneira muito familiar ao pragmatismo: a

lei é um instrumento, e a separação entre direito e moral não é ontológica, mas funcional. Se não fosse funcional, para Hart, a distinção perderia seu sentido. Argumentar a partir das consequências, como faz o autor de "O conceito de direito", não é uma característica exclusiva do pragmatismo, mas é um elemento fundamental da filosofia pragmática. Curiosamente, esse ensaio de Hart foi escrito em homenagem a Holmes, que não se declara pragmatista, mas é considerado historicamente o maior dos pragmatistas jurídicos.

Um segundo elemento do ensaio de Hart é a defesa do utilitarismo clássico, de Jeremy Bentham e John Austin, tão iluministas quanto Immanuel Kant, mas cuja repercussão na teoria do direito brasileira fica muito distante da do autor da "Crítica da Razão Pura". Os autores da tradição inglesa têm uma visão do iluminismo mais leve do que a de um ideal metodológico rígido, dedutivo, cartesiano. Mostrarei, na próxima parte, uma versão mais leve do ideal iluminista, experimental e esperançosa, não tão contaminada pelo metodologismo que depois implicaria o desencantamento weberiano.

A segunda parte se inicia com a tese política de Ian Shapiro, e sua ideia democrática de razão. A sua interessante tese do ideal artesanal (*workmanship ideal*) defende que o homem possui e conhece perfeitamente tudo produzido por ele, assim como deus é dono e conhecedor do mundo por ele criado. Assim, segundo o ideal artesanal, haveria incerteza em relação às coisas da natureza, mas os dados sobre a natureza humana seriam conhecidos diretamente, diminuindo a possibilidade de erro sobre temas como arte ou política. As ciências humanas seriam, para essa versão da verdade, donas da certeza, e o progresso racional seria necessariamente o progresso social. Nota-se que essa ideia é o inverso da concepção, comum no século XX, de que os métodos das ciências humanas precisam se adequar ao método das ciências naturais; para o ideal artesanal, o saber sobre o mundo da cultura é mais certo do que sobre a natureza exterior. A certeza muda, em épocas mais recentes, e fica nas mãos da ciência técnica. Essa mudança se deve, em grande parte, à variação em relação ao tipo de certeza que as sociedades demandam.

Isso mostra como pode mudar radicalmente o paradigma racional e como, no nosso momento histórico, somos capazes de fazer uma análise retrospectiva e perceber que a incerteza que caracteriza a pós-modernidade talvez tenha raízes mais

antigas e profundas: a razão e a certeza trocaram a fantasia muitas vezes ao longo dos séculos.

Causas da perene incerteza são antigas, profundas e não dependem das tradicionais divisões da filosofia acadêmica. Por exemplo, Wilhem Dilthey, em “A construção do mundo histórico nas ciências humanas”, propõe um modelo muito semelhante ao ideal artesanal quando recupera a certeza para o mundo da cultura e declara a existência de ciências do espírito. Observa-se, então, uma reviravolta: inicialmente, vê-se que Apel critica o positivismo por não dar valor suficiente às ciências humanas, mas, posteriormente, vê-se que até mesmo Dilthey, famoso por dar dignidade às ciências do espírito, compartilha uma ideia essencial com o positivismo jurídico anglo-saxão ilustrado por Shapiro. Isso talvez não seja um fator tão surpreendente, mas indica que as divergências entre as tradições -- e há várias divergências -- não atingem níveis tão profundos. Diferentes escolas lidam com a incerteza do ideal racional, o que lhes faz usar argumentos estéticos ou consequencialistas, independentemente da tradição a que se ligam.

O olhar pragmatista, com sua leitura estética da filosofia, só é possível porque as tradições teóricas revisam a si mesmas e se modificam por um impulso natural resultante do contato com o ambiente em que se inserem. Se há um dominante sentido falibilista ou relativista na teoria do conhecimento hoje, ela vem do choque entre diferentes teorias e contradições, e da constatação de que as fronteiras não são absolutas. Os erros e acertos, os avanços e os retrocessos, as mudanças culturais e econômicas que forçam uma mudança de ponto de vista, tudo isso contribui para a evolução dos paradigmas filosóficos. Se o pensamento relativista é coerente, essa coerência não se deve a uma filosofia conciliadora que se acopla ao debate, mas ao mercado de ideias entre aqueles que compartilham dos mesmos problemas. Dadas as condições ambientais mínimas, quanto mais vivas e radicais as posições contrárias, mais chance há de alcançar um resultado rico; o choque é mais rico e revelador do que uma tese conciliadora já pronta. As democracias constitucionais não nasceram das teorias de Jean-Jacques Rousseau mais do que do contato com civilizações desconhecidas e as lições das guerras religiosas. A tolerância, mais do que uma descoberta racional, foi uma lição histórica.

Essa ideia de que o equilíbrio vem do confronto é estética, na medida em que não procura o equilíbrio entre os opostos, mas promove o choque entre eles e espera o resultado; o teórico que aceita essa ideia contempla-a com esperança, sem elaborar um sistema para compreender e dominar o que presencia. Essa é a posição do pragmatismo clássico, especialmente de James, Dewey e, não por acaso, do juiz Holmes. Para este, “princípios gerais não resolvem casos concretos” e “a vida do direito não é a lógica, mas a experiência” (Holmes, 2011). Bergson mistura metafísica e ciência, sem se preocupar tanto com o peso de uma ou de outra, porque está o tempo todo com o olhar esperançoso no resultado -- na grande figura -- e sabe que cedo ou tarde as ideias se encontram. Holmes aproxima essa atitude do direito, quando vê as decisões jurídicas como investigação sociológica e recusa a ideia de que casos difíceis sejam o paradigma da interpretação jurídica; pelo contrário, quanto mais nova a situação analisada pelo juiz, mais difícil será ele chegar a uma solução justa, pois não há pontos de apoio. Essa constatação, tão próxima do senso comum, tem forte impacto numa teoria da interpretação que, pelo menos desde Hart, dá total destaque aos casos difíceis: eles, além de serem bem menos numerosos do que os casos fáceis, são, para Holmes, inadequados para guiar a atitude do intérprete. Diante dos casos difíceis, o intérprete está desarmado.

Fecha a segunda parte um exemplo de pragmatismo aplicado à teoria jurídica. No direito, o pragmatismo filosófico encontra o iluminismo na obra de Richard Posner. Para este autor, o pragmatismo serve de base filosófica, a teoria econômica como metodologia das ciências sociais e o liberalismo político dá os valores éticos que, combinados com os dois elementos anteriores, são usados como instrumento de crítica de outras teorias do direito. A teoria de Posner interessa aqui porque, além de ser um autor dentro da tradição jurídica, é um talentoso crítico do formalismo. Este formalismo não é exatamente uma teoria, mas uma contaminação racionalista à qual todas as teorias sociais estão suscetíveis. Para os fins desta tese, não interessa tanto a análise econômica do direito, pela qual o autor é famoso. O interesse aqui recai sobre a antiteoria pragmática de Posner.

Posner critica Dworkin e Rawls pela excessiva crença destes dois no poder do intelecto. Para eles, segundo a visão de Posner, questões como o aborto ou as liberdades políticas se resolvem racionalmente a partir de um conjunto limitado de

princípios morais. Isso, para esse pragmatista, é um erro, pois a razão não permite ignorar dados em nome de uma teoria abrangente sobre direito ou moral. Em outros termos, a razão não é capaz de entregar respostas definitivas sobre questões difíceis.

O pragmatismo de Posner é fragmentado, pois é uma antiteoria. Para dar unidade à discussão, serão analisados dois capítulos e a introdução de seu livro "Para além do direito". A introdução faz um apanhado geral de suas ideias, e os dois densos capítulos tratam das contribuições do pragmatismo para o direito e da teoria constitucional. Richard Posner, apesar de não possuir uma teoria do direito, percebe com habilidade os limites da razão. Isso abre espaço para o passo pragmático, que, reconhecendo os limites da razão, responde ao ceticismo pós-moderno (do qual Posner não escapa) com a proposta ousada de James e Bergson.

O primeiro capítulo da terceira parte trata mais detalhadamente do pragmatismo filosófico, o que sistematiza a linha interpretativa apresentada até então, e fornece os elementos para as interpretações mais específicas realizadas nos dois capítulos posteriores. Além de William James e Henri Bergson, já comentados, fala-se também sobre a estética social de John Dewey. Esse rico conceito é a expressão mais profunda dos efeitos sociais da filosofia pragmática, e não se refere apenas à arte propriamente dita. Estético, para Dewey, é tudo aquilo que intensifica o caráter qualitativo da experiência, logo, a ciência, o direito e outras atividades que normalmente não são vistas como arte também possuem qualidade estética. Esse conceito será estudado aqui, principalmente, a partir da obra "Art as experience", em que se faz uma analogia entre o caráter estético dos objetos artísticos e a estética dos outros símbolos culturais (direito, política, trabalho, ciência etc.). Dewey vê, no desenvolvimento da percepção estética, a solução para a fragmentação intelectual e ética do século XX, provocada pelo monopólio cultural da técnica e pelo sistema de produção capitalista.

No capítulo seguinte, observa-se se é possível interpretar a obra de Rawls esteticamente, isto é, se é possível considerar o véu da ignorância não como uma forma de alcançar o consenso democrático, mas como uma metáfora já impulsionada por um desejo de justiça nos moldes de uma democracia constitucional. Essa me parece a interpretação mais coerente, ou pelo menos a mais pragmática. O véu da ignorância e os princípios de justiça que derivam de sua aplicação são convites ao

cidadão de uma sociedade democrática para que ele destrinche sua pré-compreensão, que é contextual, histórica e condicionada pelas suas experiências nas esferas pública e privada. Como uma obra de arte, a teoria da justiça só faz total sentido quem a apreende com predisposição existencial; como o objeto de arte para Dewey, a teoria da justiça é a concretização de um sentimento (um instinto estético) que começa antes dela e continua para além dela. Para quem não tem a vivência de uma democracia constitucional, a teoria da justiça são palavras vazias, como é vazia a música clássica para quem só tem predisposição para a música popular (e vice-versa).

É verdade que em “Uma teoria da justiça”, como analisado acima, Rawls deixa a entender que sua argumentação é neutra, puramente racional, baseada na natureza humana. Embora em várias passagens ele deixe claro que sua teoria serve apenas como espelho para as intuições sobre a justiça, e também alegue que a validade dela depende da compatibilidade com as experiência do leitor, as referências a critérios racionais e neutros fazem parecer que seus princípios de justiça são deduzidos diretamente da razão. Com o tempo, ele reconhece o exagero, e sua teoria assume uma forma muito mais política do que racionalista. É, à sua maneira, um giro pragmático.

O caráter pragmático da sua obra aparece com mais clareza em artigos de sua última fase, em que ele fala de sua concepção da natureza humana inspirada em Immanuel Kant e da ideia de consenso por coincidência, abordada anteriormente. Se o consenso é coincidente, não possui conteúdo fixo e pressupõe o conflito social. Se o conteúdo não é fixo, o procedimento da teoria da justiça é apenas reflexivo, um instrumento mental para transformar em discurso nossas intuições. O véu da ignorância e os princípios da justiça seriam apenas o reflexo, a matéria que assume a forma das nossas concepções mais profundas. Os princípios da justiça não demonstrariam um consenso necessário, mas a predisposição ao consenso já presente em sociedades democráticas.

Minha interpretação do consenso coincidente é estética, no sentido de Dewey, porque ignora a dedução a partir da natureza humana e se concentra no valor metafórico das alegorias de Rawls. O seu valor hermenêutico é posto em primeiro plano, e seu valor analítico em segundo plano. Em coerência com a ousada ideia de verdade de James, exemplificada na filosofia por Bergson, valem mais que a

coerência lógica de uma teoria a sua capacidade de promover debate e, gerando conflito, contribuir para o entendimento mais profundo das nossas dúvidas. As teorias de Rawls e Dworkin foram escolhidas não por serem as melhores ou mais coerentes teorias do direito, mas sim por serem duas das mais provocadoras. Grandes mentes também apresentam grandes incoerências.

A tese da resposta correta de Dworkin não é um método de interpretação, mas um convite ao compromisso democrático; uma obrigação moral de lutar contra o relativismo da discricionariedade da zona de penumbra, e não uma constatação lógica. Não há uma única resposta correta para cada caso difícil, mas é necessário buscar a melhor resposta possível em qualquer caso de direito. A discricionariedade de Hart não incomoda Dworkin por ser filosoficamente incoerente, mas por fazer o julgador desistir rápido demais de suas obrigações como membro do Estado e cidadão. Para o autor de “O império do direito”, a tensão e motivação psicológicas devem ser mantidas em cada caso, pois só assim o consenso social resultante é genuíno. É um princípio básico da democracia: sem o engajamento individual, a razão pública resultante é pálida, sem vida, e não reflete os reais interesses de uma sociedade. Uma comunidade sem conflito é uma comunidade morta; no plano individual é importante que os cidadãos se creiam donos de verdades absolutas, pois isso promove o engajamento em assuntos públicos. Desse mercado de ideias nasce o equilíbrio social, essencialmente dinâmico.

Há restrições, contudo. É permitido a um cidadão acreditar em verdades absolutas, desde que na praça pública ele se comporte reconhecendo o direito de outro cidadão a acreditar que também é dono de verdades absolutas. Se para o indivíduo é necessário crer com toda energia, a tolerância entra em jogo quando há diálogo; reconhecer a igualdade em relação ao outro e as próprias limitações é condição para convivência pacífica, assim como o é traduzir suas crenças profundas em uma linguagem que conduza ao entendimento entre sujeitos. É o que Rawls chama de *proviso*. Esse conceito não é muito claro, mas basicamente é a necessidade de, em praça pública, mostrar para os outros que as consequências de suas reivindicações são desejáveis para todos -- passo essencial para a formação do consenso coincidente, pois em algum momento concepções morais precisam se transformar em argumentos políticos, respeitadores dos princípios básicos de justiça.

O segundo conceito de Dworkin, o romance em cadeia, ganha conotações políticas quando posto frente a frente com o consenso coincidente. Os capítulos anteriores do romance em cadeia são a história já formada que o intérprete recebe, ou seja, os princípios de ordem pública consagrados, o ambiente político, as instituições estabelecidas. O capítulo a ser escrito é criado com a convicção de que é a melhor continuação possível (a resposta correta), e deriva das aspirações individuais do autor mergulhadas na experiência direta do status quo. É um procedimento hermenêutico semelhante à experiência estética de Dewey, em que o intérprete da obra de arte é também um artista, ou não perceberá a obra como arte. Para a democracia, tanto é necessária a convicção profunda como é necessário um ambiente em que o choque de concepções profundas construa um consenso coincidente que, de forma coerente, guie as discussões futuras. É um processo circular para o qual é necessário o engajamento de cada um dos intérpretes, e esse engajamento só é possível se eles mergulharem na experiência com toda sua pré-compreensão, incorporando e ultrapassando o consenso estabelecido, isto é, a construção histórica herdada.

Parte I – A reação ao positivismo

Desde Augusto Comte, o termo “positivismo” teve caracterizações bastante diversas. Das desprezíveis tendências empiristas que ganharam força com o rápido desenvolvimento da técnica industrial até a religião positiva do próprio Comte, há um vasto espectro de tipos e subtipos de filosofias inspiradas na ciência. Para fins de simplificação, falo do positivismo de maneira bem abrangente, de forma a cobrir toda manifestação intelectual que, remetendo ou não a René Descartes, procura compreender e dominar o mundo pela técnica. Assim, não se trata de uma escola ou de um conjunto de pensadores, mas de uma tendência da modernidade a ligar o progresso ao desenvolvimento da técnica e à crescente especialização profissional, dando uma importância inferior às atividades criativas e não guiadas pela certeza ou eficiência. A essa corrente se opõe uma outra corrente, que opõe à verdade e à ordem científicas os conhecimentos históricos ou posições filosóficas relativistas.

Como para toda ação há uma reação, a um argumento positivista geralmente segue um argumento antipositivista. As reações negativas ao “metodologismo”, “geometrização”, “cartesianismo”, “tecnicismo” ou “formalismo”, entre outros adjetivos pouco lisonjeiros, são comuns no pensamento ocidental contemporâneo. É grande a influência de autores como Jürgen Habermas, Richard Rorty, Hans-Georg Gadamer ou Richard Posner, que rejeitam de uma forma ou de outra o ideal positivista. No direito, a rejeição ao formalismo implica a rejeição às verdades absolutas e o combate à separação entre direito e moral; rejeitar o formalismo positivista é também defender a pluralidade de visões, interpretações e propor uma construção coletiva do sentido das normas. A propósito, as duas tendências filosóficas que nomeiam a linha de pesquisa à qual pertence este trabalho são a retórica e o pragmatismo, caracteristicamente contrárias aos exageros do formalismo no estudo e na aplicação do direito. A ligação da filosofia do direito com o direito constitucional e seus princípios, que permitem ampla interpretação e recusam uma determinação de sentido definitiva, só reforça tendência contemporânea de construção de direitos sobre um solo de incerteza epistemológica. É um outro problema saber se a prática dos juristas acompanha essas discussões da filosofia do direito.

Assim como o positivismo da modernidade é complexo, a reação a ele é também complexa e, em muitos pontos, confusa. Há muito ruído, como observa Hart em comentário sobre o positivismo jurídico:

Vozes contemporâneas nos dizem que devemos reconhecer algo obscurecido pelos “positivistas jurídicos” cuja época ficou para trás: que existe um ponto de interseção entre direito e moral. (...) O agora pejorativo nome “Positivismo Jurídico”, como a maioria dos termos usados como mísseis em batalhas intelectuais, hoje se opõe a uma confusa multidão de diferentes pecados. (Hart, 1983, 49-51)²

Dado o inevitável caráter plurívoco dos termos “positivismo” , “antipositivismo” e seus assemelhados, é sensato tratar a dicotomia como uma nova ocorrência de um fenômeno comum à filosofia, cheia de idas e vindas, eternos retornos, ações e reações. Na história da filosofia, há constantemente uma fase de prosperidade e esperança seguida de cansaço e decepção; uma fase de encantamento seguida por uma fase de desencantamento. O aparente domínio do antipositivismo das discussões teóricas atuais pode ser apenas o recuo de uma tendência que posteriormente retornará com ainda mais força. Ora mais forte o sentimento positivista, ora mais forte o sentimento antipositivista, e sempre com uma considerável oposição da corrente minoritária.

A oposição ao projeto da modernidade pode ser vista de um outro ângulo, menos epistemológico e mais político: ao projeto reformista do iluminismo moderno, se opõe a tendência democrática de construção coletiva da ordem nas sociedades complexas. Isso, a princípio, dá mais subsídios para uma oposição real, e não meramente acadêmica, entre a tendência totalizante da modernidade e a tendência democrática e tolerante da pós-modernidade. As mudanças políticas e econômicas que ampliaram as possibilidades humanas mostrariam que o pós-moderno não é invenção de intelectuais, mas reflexo de tendências reais na construção da ordem pública. A oposição entre as duas tendências é, agora, um problema prático.

Ressalte-se, também, a possibilidade de que nem o otimismo positivista, nem a reação a ele sejam de fato como os livros de filosofia contam. O olhar histórico,

² Contemporary voices tell us that we must recognize something obscured by the legal “positivists” whose day is now over: that there is a “point of intersection” between law and morals. (...) The now pejorative name “Legal Positivism”, like most terms which are used as missiles in intellectual battles, has come to stand for a baffling multitude of different sins.

retrospectivo, procura categorias e classificações familiares, como ao separar religião, economia, arte e política na análise de civilizações que não conheceram essa distinção (Chartier, 2002). O contador de histórias narra segundo o que lhe é familiar, projetando no passado tanto o que ele vê no presente como sua esperança para o futuro. Como toda filosofia é, em alguma medida, história da filosofia, o passado contado pelo filósofo é condicionado pelo que sua teoria pode oferecer. Assim, há uma forte tendência dos filósofos procurarem crises, destacarem os enganos, remendarem contradições e esclarecerem questões fundamentais com as quais os autores do passado não se preocuparam e, se se preocupassem, não poderiam tratar de forma adequada. O sentimento de urgência está vivo em muitos filósofos, mas nem sempre o sentimento do filósofo corresponde à realidade. É uma lástima, mas uma mente genial pode ter nascido numa época que não sente a menor necessidade da genialidade que ela oferece. Assim, deve-se manter em vista a possibilidade de que o debate entre modernos e pós-modernos seja inflado pela necessidade dos filósofos darem sentido às discussões que preferem.

Se o vencedor do embate entre modernos e pós-modernos não tem tanta importância, o contexto desse debate revela muitas das contradições filosóficas do nosso tempo. Decidir até que ponto o projeto da modernidade falhou não é o objetivo desta tese; aqui, procura-se compreender as contradições que levaram os autores a se envolverem num complexo debate que está longe de seu fim. Olhar de fora a discussão entre positivistas e antipositivistas é uma atividade mais reveladora do que o direto envolvimento em suas querelas.

Por isso, apresento a seguir o olhar antipositivista de Karl-Otto Apel, que, embora equivocado em alguns pontos, demonstra vasto conhecimento do cenário intelectual e carrega a pretensão revolucionária típica dos grandes pensadores. Esse filósofo escreveu importantes ensaios sobre sua pragmática transcendental, reunidos numa obra em dois volumes intitulada “A transformação da filosofia”. Independentemente da coerência de seus argumentos, a obra provoca a reflexão. Além disso, há no fim dela um interessante elemento estético que funcionará como gancho para discussões ulteriores.

1. A pragmática transcendental de Karl-Otto Apel

A proposta de Karl-Otto Apel para a transformação da filosofia é uma emancipação, tanto moral como epistemológica, dos ideais modernos e do individualismo que os acompanha. Para o autor, epistemologia e ética não deveriam estar separadas, e a decadência ética de nosso tempo é causada por uma técnica que afastou de si a dimensão humana, e fez a humanidade perder a si mesma em nome de uma eficiência vazia de sentido. Sua filosofia, a pragmática transcendental, se apoia na filosofia da linguagem e em outras teorias, buscando o reencontro entre ética e razão através de uma filosofia transformada, consciente das dificuldades de uma fundamentação metafísica na sociedade pós-moderna.

Sua obra possui duas discussões centrais e complementares. A primeira é ética, mais ligada ao historicismo e à hermenêutica, e a outra é a epistemológica, em que o autor dialoga com a filosofia analítica. Abaixo, serão analisados dois ensaios do autor, cada um representando uma dessas tendências. O primeiro, preocupado com a moral, é “O a priori da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética”. O segundo, representando a teoria do conhecimento, é “A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais”.

1.1 As preocupações morais da pragmática transcendental

A grande motivação da pragmática transcendental é ética. O caminho da argumentação de Apel muitas vezes sugere um traço epistemológico de inspiração kantiana ou analítica, mas a verdade com a qual ele está mais preocupado não é a da ciência, mas a verdade moral. Não é exagerado pensar que ele utiliza as discussões epistemológicas apenas para mostrar a insuficiência da lógica cientificista no cuidado com a ética. Sua transformação da filosofia visa uma nova racionalidade, capaz de fundamentar tanto a ciência experimental como as ciências humanas, mas a crise da modernidade não afeta os fundamentos da ciência experimental. A decadência do projeto moderno é, para ele, uma decadência moral.

Como a sua filosofia parte de uma ideia de crise, inicio a discussão pela ética, que é o núcleo da crise. Logo no princípio do artigo “O a priori da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética” (Apel, 2004, p. 407-491), o autor

identifica a contradição de nosso tempo: apesar dos inegáveis avanços no campo científico – e também por causa deles – é cada vez mais difícil lidar com assuntos éticos. A velocidade da comunicação e do transporte diminui as distâncias, mas ao mesmo tempo coloca em conflito culturas que nunca mantiveram contato. Além disso, há os danos ao meio ambiente, a guerra tecnológica e a engenharia genética reescrevendo a evolução das espécies. Os avanços técnicos representam um desafio moral; a ciência, longe de dar respostas para o que é uma atitude correta, nos apresenta com desafios éticos que, se não forem conduzidos da forma adequada, causarão danos irreversíveis à humanidade.

O desenvolvimento acelerado da técnica não afeta apenas os resultados de laboratório, mas também a sociedade que o cerca; o avanço científico não acontece sozinho, mas com a ajuda, inclusive financeira, de instituições sociais e com o objetivo de resolver problemas da sociedade de maneira geral. Uma pesquisa científica com um fim nobre, como a cura de uma doença grave, ou com promessas de grandes lucros, como fontes renováveis de energia, tem mais chances de se desenvolver do que uma pesquisa de interesse restrito, como é o caso da pesquisa filosófica. É uma constatação óbvia, mas relevante: o conhecimento científico é social, tanto no seu efeito quanto na sua causa. Por essa razão, o avanço técnico de grandes proporções exige reconsiderações éticas, pois afeta vida em comunidade. Uma filosofia que negligencia essa obviedade gera:

Ao invés de um círculo hermenêutico aberto entre engajamento prático-ético e reconstrução hipotética do processo histórico, que de fato se deve deduzir a partir da mediação entre objetividade e subjetividade (...) produz-se, isso sim, um círculo de pressuposições lógico e fechado (...). (Apel, 2004, p. 416)

Essas considerações ele faz sobre o marxismo ortodoxo, mas podem ser generalizadas para toda filosofia científicista acrítica, isto é, toda filosofia cujo parâmetro epistemológico geral é a técnica, o formalismo, o metodologismo. Esse é um problema não apenas de filósofos, mas de pensadores de diferentes áreas, pois houve na cultura do início do século XX uma supervalorização dos resultados, e o homem passou a ver o mundo como um esquema de meios e fins, sem refletir sobre a própria condição. O olhar para si mesmo se perde dentro de uma vida corrida, em que o outro é visto apenas como um meio e não como um sujeito em toda a acepção da palavra. O cientificismo e o individualismo aprisionam o homem; em nome do lucro e

da eficiência, o homem se aliena. A ciência se transformou em dogma e a filosofia se perdeu no processo.

Essa ideia de aprisionamento do ser na técnica é típica da filosofia existencial. Apel reconhece esse fato ao ilustrar a crise ética do século passado com a cisão da filosofia em duas tendências: o existencialismo e a filosofia analítica. Nas palavras do autor:

(...)a filosofia analítica e o existencialismo não se contradizem em sua função ideológica; mais que isso, eles se complementam: confirmam-se mutuamente por meio de uma divisão de trabalho, à medida que se atribuem de forma recíproca o campo da cognição objetivo-científica e, respectivamente, o campo das decisões éticas subjetivas. (Apel, 2004, p. 417)

O drama existencial se dá tanto pela cisão quanto pela complementaridade das duas tendências. Essa não é apenas mais uma discussão filosófica, mas o retrato da crise: de um lado, a reputação do conhecimento objetivo-científico como a forma genuína de pensar e, do outro lado, o abandono da ética à consciência, à existência individual. As duas, segundo o autor, partem do princípio de que apenas na técnica há objetividade; em assuntos éticos, é cada um por si na subjetividade isolada. Embora opostas, as duas tendências se apoiam no individualismo e esquecem a construção coletiva do conhecimento; tanto a herança cartesiana quanto a filosofia existencial dependem do modelo do ser isolado, seja ele detentor do método do primeiro tipo ou o do grito existencial do segundo. Esse erro, comum à filosofia do século marcado pela cisão entre filosofia analítica e existencialismo, é chamado pelo autor de *solipsismo*.

A divisão de David Hume entre ser e dever-ser, para Apel, está na origem de toda a confusão. O fato de não se derivarem normas de fatos, juntamente com a idéia de que a ciência cuida dos fatos, leva à conclusão de que não existe uma ciência das normas. E quando se fala que não existe ciência das normas, considera-se também o positivismo jurídico legalista como uma não-ciência, ou meia-ciência. Sobre a separação, nesse contexto, entre Igreja e Estado, diz o autor:

Pois em nome dessa separação (...) mais e mais o liberalismo ocidental restringiu a obrigatoriedade da fé religiosa, e logo a seguir das normas morais, à esfera das decisões particulares da consciência moral. No presente, esse processo ainda prossegue – por exemplo, através do afastamento do argumento e princípios morais dos fundamentos do direito. (Apel, 2004, p. 419)

A divisão de Hume também é importante para Hans Kelsen, fato bem conhecido dos filósofos do direito. Apel considera de passagem essa característica do normativismo, quando qualifica a distinção entre ser e dever-ser na teoria do direito como uma estratégia funcional, e não se pode esquecer que é fundada em uma decisão consciente e livre. Em outras palavras, ainda que o direito assuma a forma objetiva, não é totalmente objetivo, não no sentido das ciências naturais. O direito estritamente lógico é vazio de conteúdo, já que não critica a si mesmo. Um pensamento que não reflete sobre suas possibilidades, para o autor, é um pensamento defeituoso, um círculo lógico fechado.

Note-se que, em pouco tempo, o autor já discutiu a crise existencialista, a ideologia do positivismo lógico, a filosofia de Hume, a laicização da política e o positivismo jurídico normativista. E continua.

Para ele é necessário buscar uma validade filosófica racional para a ordem social baseada em princípios. Existe o mundo da moral objetiva, de leis transcendentais da ciência e da ética, só percebido mediante uma profunda reflexão filosófica. Existem normas sociais jurídicas, religiosas, de trato social, costume. E longe de parecer que é cada ser por si, segundo pronuncia a ética existencialista, existem instituições que funcionam, que integram e coordenam o mundo prático. Existem líderes legítimos e ilegítimos, e a ideia de legitimidade, como outros conceitos éticos, gera consequências práticas visíveis. O papel do filósofo, antes de criticar esses fenômenos, chamando-os de ilusórios e meramente subjetivos, é explicar até que ponto eles são ilusórios, e o que há de real e objetivo neles. O caminho, para o autor, não é a reflexão sobre o dado concreto, mas sim a reflexão transcendental. Sua filosofia é pragmática por se voltar para a ação, mas seu fundamento é filosófico e reflexivo, nisso se diferenciando das propostas políticas contratualistas.

A contratualismo clássico tenta evitar o solipsismo quando vê a sociedade como acordo de vontades mas, para o autor, comete o pecado de procurar nos fatos o fundamento da ordem pública. Apel não nega o valor prático das convenções, mas levanta um problema de ordem filosófica:

A meu ver, porém, o recurso a “convenções” mais turva que esclarece o nosso problema. Pois a pergunta relevante que suscita a referência a convenções é

justamente o seguinte: é possível apontar e justificar uma norma ética fundamental que torna obrigatório para cada indivíduo ansiar em todas as questões práticas com um convênio com todos os seres humanos, e então ater-se ao convênio estabelecido, ou ao menos, caso isso não seja possível, agir no espírito de um acordo antecipado? (Apel, 2004, p. 424)

Ataca-se diretamente a ideia do contrato social, central ao liberalismo democrático do qual Rawls faz parte. Importante frisar que o erro não é exclusivo das teorias liberais, pois já teria começado com Thomas Hobbes:

Como tais, eles (os atos de aceitação) de fato não pressupõem uma norma moral básica intersubjetivamente válida; mas, como medidas tomadas pela astúcia estratégica, a meu ver elas tampouco logram fundar uma obrigatoriedade moral das convenções. (Neste sentido, por exemplo, o direito positivo como tal não é normativamente obrigatório sem a pressuposição de uma ética [...]) (Apel, 2004, p. 424)

O contratualismo peca por sua moral ser apenas uma mediatização empírica de interesses individuais. Um acordo de fato ou presumido não é suficiente para garantir a legitimidade racional de uma norma jurídica. A constituição de um Estado ou um contrato de aluguel carecem de validade se se atêm apenas aos interesses individuais coordenados, e não faz diferença se o acordo for entre dois contratantes ou entre os legisladores que representam milhões de pessoas através do voto. É necessário, para o contrato ou a constituição, uma instância superior que valide, que os faça ser mais do que fatos, que os torne mais do que uma contingência eticamente vazia.

A mediação de interesses é insuficiente. Nem tudo que é equilibrado é justo, como bem expressa o princípio aristotélico de tratar diferentemente os desiguais; um princípio como esse exige uma ponderação ética sobre a igualdade que vai além da distribuição utilitarista dos bens. Embora sem discutir nos mesmos termos de Apel, Aristóteles já mostra que em assuntos éticos é necessário refletir de forma sutil; números, apenas, são insuficientes.

Para Apel, é igualmente insuficiente argumentar como John Rawls. Em sua teoria da justiça, o autor norte-americano afirma que, embora não seja perfeita, sua teoria é válida porque é preferível ao utilitarismo ou ao intuicionismo -- as teorias concorrentes. Não vem ao caso agora o que Rawls entende por esses termos, mas sim seu método de argumentação que, falando da necessidade de escolher um caminho, sugere o menos problemático entre os disponíveis: o seu. Essa retórica de defender

uma teoria por ser menos imperfeita que as demais também é insuficiente para as pretensões transcendentais de Apel:

Essa tentativa simplesmente leva ao programa de se testar os sistemas morais existentes, da mesma maneira como se faz com as teorias científicas (...) Mas, diferentemente das teorias científicas, é fácil ver que só se pode falar de comprovação empírica nos sistemas morais quando já tiver sido pressuposto – além da consistência lógica – um parâmetro ético para esta mesma comprovação. (Apel, 2004, p. 424)

Faz sentido. Avaliar se uma consequência prática é preferível exige que se tenha uma ideia prévia do preferível; sem isso, é impossível saber se um conjunto de consequências é o mais agradável ou o mais adequado. Sem um prévio conjunto de valores minimamente organizados, toda escolha é casual, convencional, ao sabor dos ventos. Para Apel, a mera composição dos interesses individuais proposta pelo contratualismo, seja pelo cálculo ou pela comparação das teorias disponíveis, não atinge um de reflexão filosófica suficiente para curar a cisão entre filosofia analítica e existencialismo. A validade que ele busca para o procedimento é transcendental, ou seja, os valores éticos são atingidos e fundamentados não com um cálculo de preferências, mas sim pela reflexão filosófica. Essa reflexão de alto nível -- a tomada de consciência da instância crítica -- é a única capaz de resolver as contradições de nossa época.

Para o autor de “A transformação da filosofia”, não bastaria justificar os diferentes sistemas morais como formas de sobrevivência do grupo, como faz o pragmatismo de John Dewey. Não bastaria dizer que a crença na tradição é a forma que se encontrou de fazerem as instituições funcionarem, como diz o comunitarismo, ou que a democracia é a maneira menos injusta de organização política, como algumas vezes se advoga na teoria democrática. À pragmática transcendental não bastam argumentos contextuais ou por exclusão.

Fiz referência mais acima à cisão entre filosofia analítica e existencialismo, causada por uma aderência da filosofia da metade do século passado ao modelo do sujeito individual. A isso Apel dá o nome de solipsismo. Esse termo é exagerado se for compreendido em seu sentido tradicional, do *brain in a vat*, que considera a realidade sensível uma ilusão. Esse exagero é um traço estilístico do autor, e visa denunciar que tanto a filosofia analítica como o existencialismo ignoram o sentido de

comunidade, de intersubjetividade. Como deixa claro o título do artigo aqui analisado, a comunidade de comunicação é uma realidade a priori, e a ela estão diretamente ligados os princípios da ética. Não há como compreender a ética no isolamento. Por esse critério utilizado pelo autor, a filosofia existencial e o positivismo lógico são tão solipsistas quanto o *cogito* cartesiano.

As ideias de Apel são também universais. Para ele, a responsabilidade ética só surge enquanto indivíduo se reconhece parte de uma comunidade, e essa pertinência não se refere apenas às pessoas mais próximas ou a seus contemporâneos ou contemporâneos, mas a todos os seres humanos. A filosofia deve prestar contas à exigência que a humanidade faz de uma responsabilidade solidária. (Apel, 2004, p. 425)

Se fosse preciso dar uma única justificativa para às tediosas críticas de Apel à história da filosofia dos últimos séculos, essa seria a responsabilidade ética com a humanidade. Não poucas vezes o autor exagera, se contradiz e até mesmo adota, mesmo sem admitir, ideias dos autores criticados. Sua filosofia é confusa, para dizer o mínimo, mas possui um senso de compromisso ético que a faz digna de atenção. Assim, a sequência de ideias que melhor interpreta o autor começa com suas preocupações éticas, não com as discutíveis falhas da tradição filosófica solipsista.

Assim, para os propósitos desta tese, e a partir da estética pragmatista, não são as falhas da filosofia analítica ou os problemas do existencialismo que tornam necessária a transformação da filosofia e o resgate dos princípios transcendentais da ética; é por ser necessária uma transformação da filosofia em função da ética que Apel dá tanta importância ao solipsismo e o vê em muitos autores diferentes. A filosofia precisa mudar simplesmente porque algo não está bem. Tenho a forte impressão de que, para Apel, o positivismo lógico não estaria errado se estivesse tudo bem com a ética na filosofia, ou melhor, se ele visse tudo bem com a ética na filosofia.

Em suma, o compromisso ético com a humanidade, o núcleo da pragmática transcendental, é composto por duas afirmações. A primeira é que não é possível consciência ética em um indivíduo isolado; ser responsável por alguém é ser responsável por toda a humanidade, já que o compromisso ético verdadeiro é com o ser humano. A segunda, os parâmetros que definem esse compromisso não podem ser

tirados de critérios utilitaristas; tem de haver um critério superior, que possibilite uma discussão crítica, ainda que virtual, entre todos os seres humanos. Mas, pergunto: como fazer essa passagem sem cair no erro do contratualismo? É possível justificar filosoficamente um conhecimento racional além do princípio contratualista de que se deve respeitar o acordo de vontades de agentes livres e racionais?

O autor precisa de um fundamento epistemológico, ou sua reflexão filosófica nem mesmo começa. Se ele realça a necessidade de um critério superior para a ética, precisa também mostrar a possibilidade e a forma de se chegar a ele, além de um método para avaliar a validade transcendental dos princípios existentes. Ele oferece um fundamento epistemológico, e considerado isoladamente é bastante simples, e se apoia no segundo giro linguístico, a bastante conhecida tese de que existem dois Wittgenstein, um do "Tractatus Logico-Philosophicus", outro das "Investigações Filosóficas".

Tomando da fase das "Investigações" a ideia de que toda verdade é compartilhada, constituída na interação entre os sujeitos, Apel afirma que a intersubjetividade é a única instância de validação não apenas dos assuntos éticos, mas de qualquer asserção válida. Para ele, há uma continuidade entre as ciências empíricas, as ciências humanas e a filosofia moral. Para perceber a continuidade é necessária uma reflexão filosófica que perceba que relação entre sujeitos é anterior à relação fria entre sujeito e objeto. Qualquer asserção empírica, mesmo que desprovida inicialmente de conteúdo moral, pressupõe para sua validade aspectos morais intersubjetivos.

Evidencia-se então que (os enunciados valorativamente neutros sobre estados de coisas) estão vinculados, ao menos implicitamente, a ações comunicativas – a ações que colocam todos os membros da comunidade de comunicação diante de exigências morais (...) De acordo com nossa abordagem, é nesse plano do acordo mútuo intersubjetivo quanto ao sentido e à validação de enunciados que se pressupõe uma ética, e não no plano das operações intelectuais objetivas. (Apel, 2004, p. 453)

Argumentar, ainda que individualmente, é discutir, mesmo de forma imaginária. O pensar é um falar internalizado, impossível se o sujeito não está integrado a uma comunidade. Mesmo um enunciado como "isto é azul" exige que antes haja uma idéia de azul que possa ser comunicada a outros seres racionais. A experiência é individual, mas antes dela existe um indivíduo inserido numa

comunidade linguística. O “a priori da comunidade de comunicação” é o reconhecimento, fundamental à ética, de que a comunidade antecede o indivíduo.

O positivismo lógico inverte a ordem das coisas ao atribuir aos dados empíricos a validade dos enunciados científicos, deixando em segundo plano a filosofia, e ética ou a arte. A lógica da ética não é a da ciência experimental, mas nem por isso ela é menos verdadeira. A razão para isso é que mesmo as descobertas de um laboratório precisam obedecer a procedimentos determinados por uma comunidade de cientistas, que por sua vez constroem discursivamente as condições de aceitação das descobertas. Mesmo uma constatação de fato do cotidiano precisa da validação por outras pessoas. Não é a comunidade que deve obedecer a teses científicas, mas estas é que retiram sua validade do discurso entre sujeitos.

Um último ponto a destacar do ensaio é que a validação pela comunidade não precisa se dar no tempo e no espaço. Quando se fala em comunidade de comunicação, trata-se mais da comunidade ideal do que de deliberação numa assembleia. A validade universal de um enunciado não precisa, obviamente, da anuência de todos os seres racionais; nem mesmo é necessária a validação de alguém para saber que, por exemplo, este texto é escrito em português. Os critérios da verdade objetiva são pressupostos, e a validade universal de uma asserção depende dessa comunidade ilimitada e ideal de argumentantes. A comunidade ilimitada é uma ideia reguladora, uma indicação de que os critérios seriam validados por qualquer ser racional. Sua função é semelhante à que Chaïm Perelman atribui ao auditório universal. (Perelman; Tyteca, 1996)

Apel não deixa claro, até agora, como um indivíduo ou um grupo reduzido de indivíduos pode avaliar a validade de uma asserção de acordo com as regras da comunidade ideal e ilimitada. A ideia de uma comunidade reguladora não é filosoficamente problemática, a princípio, porque se podem formar pequenas assembleias de especialistas chegando a conclusões racionais depois de uma discussão guiada por procedimentos objetivos, mesmo durando um bom tempo e a um alto custo. A aplicação prática de uma intersubjetividade real, no tempo e no espaço, é complicada, mas não carrega nenhuma contradição lógica. No entanto, como visto mais acima, o autor rejeita a validade dos acordos particulares, exigindo da filosofia uma reflexão transcendental que torne a ética independente das convenções pontuais

dos indivíduos. Essa argumentação epistemológica é ainda mais delicada que o lado ético da pragmática transcendental, e por isso será exposta com mais calma na próxima seção. Antes disso, convém recapitular os principais pontos da discussão sobre a moral:

a) Os avanços da ciência modificaram profundamente a vida da sociedade ocidental, e essas rápidas mudanças criaram um descompasso entre a ciência técnica e os fundamentos éticos.

b) Cabe à filosofia recuperar a reflexão racional ética no ocidente laico. No entanto, a própria filosofia está cindida entre a lógica da ciência e o grito de liberdade existencialista. Ambas pressupõem a razão como ato do ser isolado, se afundando num subjetivismo solipsista.

c) O solipsismo é superado apenas se houver uma tomada de consciência crítica sobre a natureza da linguagem e o papel da comunidade. Compreendendo a fundamentação intersubjetiva da verdade, abandona-se o solipsismo e os dois lados do ser -- ciência e ética -- se reconciliam filosoficamente.

d) Apesar do contratualismo reconhecer a intersubjetividade, reduz a validade de suas descobertas ao equilíbrio de interesses conflitantes. Isso é insatisfatório, na medida em que está abaixo do nível de reflexão filosófica exigido pela ética, que é transcendental.

e) O a priori da comunidade ideal e ilimitada de comunicação resolve esse problema, pois há agora um conceito filosoficamente válido, já que evita o solipsismo e recorre a uma reflexão transcendental que lhe garante independência da casualidade dos acordos no tempo e no espaço.

Os dois últimos pontos acima foram citados, mas não desenvolvidos. Isso será feito a partir de agora.

1.2 A fundamentação epistemológica da pragmática transcendental

Ao discutir a tese de Karl Popper em “A sociedade aberta e seus inimigos” (Popper, 2001), Karl-Otto Apel revela os primeiros traços da fundamentação epistemológica de sua teoria ética:

Por ora, o sentido desse programa pode ser esclarecido através de uma confrontação com a abordagem do “racionalismo crítico” feita por K. Popper. Parece (...) que Popper (...) erigiu um ideal que guarda grande semelhança com o a priori da comunidade de comunicação que ora supomos – e em especial porque contém de forma clara implicações éticas e políticas, tal como as conhecidamente desenvolvidas por Popper em sua filosofia da “sociedade aberta”. (Apel, 2004, p. 465)

A sociedade aberta de Popper resiste à tirania graças à discussão permanente, ou seja, à liberdade de expressão e pensamento na forma mais aberta possível. A democracia não se faz em laboratório, mas no livre mercado das ideias, e a sociedade livre, diante das circunstâncias, escolherá para si a forma de organização mais adequada (porém, sempre imperfeita). No entanto, para o autor de “A lógica da pesquisa científica”, a abertura é pressuposta; não há um fundamento filosófico superior, mas uma escolha livre e consciente da liberdade de pensamento. Como já se viu, Apel requer uma fundamentação mais profunda, transcendental, que ultrapasse o meramente dado. As ressalvas são claras:

A diferença das abordagens reside em primeiro lugar, portanto, no fato de que Popper se crê obrigado a ter que tirar a seguinte consequência de sua renúncia a uma “fundamentação última”: sob o ponto de vista da fundamentação possível da validação não se pode admitir qualquer vantagem para o princípio do “criticism frame” em comparação, por exemplo, ao princípio do “irracionalismo”. Para Popper (...), é preciso nesse ponto que um “ato de fé”, uma “decisão moral e irracional”, venha dar a solução diante do impasse entre esses dois princípios. Em uma discussão filosófica acerca dos fundamentos pode-se até mesmo propor argumentos pragmáticos de finalidade, favoráveis ao princípio da racionalidade crítica, mas não se pode determinar com isso a nossa decisão: “somos nós mesmos que tomamos a decisão”. (Apel, 2004, p. 466)

Para Apel, os resultados a que Popper chega são bastante coerentes; ele não diverge dos resultados, mas sim da fundamentação. A renúncia à fundamentação última e a escolha da liberdade crítica como um ato de fé é pouco para quem deseja transformar a filosofia.

Dessa forma, a realização prática da razão por meio da boa vontade carece sempre de um engajamento que não se pode demonstrar e que, em tal medida, pode mesmo ser chamado de “irracional”. Mas essa restrição do “racionalismo”, com a qual se tem que concordar, não é idêntica à renúncia a uma fundamentação racional do engajamento primário em favor da razão – segundo parecem crer Popper e Albert. (Apel, 2004, p. 465-466)

Apel está correto quando afirma que um ato de fé a favor da sociedade aberta não é o melhor fundamento para uma transformação da filosofia que tiraria o mundo

do abismo ético do pós-guerra. Ele precisa de uma instância transcendental para justificar seu projeto, e que supere a conveniência utilitarista de um sistema social ou a crença incondicional na democracia. Para defender seu projeto, é preciso apelar para uma lógica que, não sendo a restrita lógica científica, seja capaz de explicar a verdade tanto nas ciências quanto na ética. É uma proposta tão ousada quanto difícil, e seus contornos são mais claramente trabalhados no ensaio “A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais” (Apel, 2004, p. 249-297). É ele que passo a analisar, como antes feito com “O a priori da comunidade de comunicação”.

O irracional de Popper é, para o autor alemão, um péssimo convite ao engajamento no projeto da sociedade aberta. O complexo projeto de Apel substitui o engajamento de fé irracional proposto por Popper por uma complexa cadeia de raciocínio.

Em suma: Apel diz que nossa linguagem já pressupõe uma instância crítica transcendental, que invalida o ceticismo e o relativismo, reunindo em um único conceito tanto a verdade científica quanto a ética. Para isso, é enfatizada a construção coletiva de conhecimento, que reconhece a história ao mesmo tempo que a critica e permite o avanço racional da humanidade, agora sem a crise da ética causada pela técnica exacerbada. Essa superação da frieza da técnica só é possível ao se utilizar um jogo de linguagem, no sentido das “Investigações” de Wittgenstein, mas não é um jogo qualquer, mas sim o transcendental jogo da comunidade ideal e ilimitada de comunicação.

Logo na primeira linha do ensaio “A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais” o autor diz que o título do texto também poderia ser “O jogo de linguagem transcendental na comunidade ilimitada de comunicação como condição de possibilidade das ciências sociais”. O acréscimo de palavras não é irrelevante, uma vez que ele coloca no mesmo nível de importância a comunidade ilimitada de comunicação e o jogo de linguagem transcendental, evidenciando que os dois só podem ser entendidos juntos. O jogo de linguagem transcendental é pensado juntamente com o contexto crítico que define.

A única forma de compreender esses dois elementos é acompanhar o diálogo de Apel com as outras escolas filosóficas, indicando quais elementos são resgatáveis

pela pragmática transcendental, e em torno de que princípio eles se unem. A comunidade ideal de comunicação e o jogo de linguagem transcendental são a solução para as carências éticas e epistemológicas da filosofia de nosso tempo, o contraponto da pragmática transcendental à carência da filosofia contemporânea. Logo, é preciso compreender que pontos dessa carência são sua antítese.

O autor toma como referência o “trilema de Münchhausen”, atribuído, na sua acepção epistemológica, a Hans Albert. O personagem Barão de Münchhausen, que na lenda escapou de afundar num pântano puxando seus cabelos para cima, serve de ponto de partida para desafiar toda filosofia que recuse uma fundamentação exterior, requisitando para si o título de ciência primeira. A tal ciência primeira, uma vez que se declare como tal, é tão fantasiosa quanto a lenda do barão, já que não é possível um conhecimento ser sua própria condição de validade. (Note-se como importa aqui o dogma da hierarquia, tão caro aos juristas.) Para Albert, para uma ciência que proponha ser seu próprio fundamento, há três caminhos, todos problemáticos. O primeiro é o dogmatismo, o grito de autoridade do tipo “é assim porque eu quero que seja”. A segunda é uma petição de princípio ou argumentação circular: “A' é verdadeiro porque a ciência disse; a ciência é válida porque descobre coisas verdadeiras”. A terceira opção é um regresso ao infinito, que acontece quando a ciência desiste de fundamentar a si com seu próprio método e cria um método auxiliar, que a daria validade; esse método auxiliar, por sua vez, não pode fundamentar a si próprio, e procura fora dele uma nova fundamentação; esse regresso é infinito, ou seja, nunca termina, pois sempre uma fundamentação pedirá outra mais acima na hierarquia epistemológica.

É pouco didático o tratamento que Apel dá a um assunto que já é complexo. O que ele procura é uma fundamentação que escape do trilema de Münchhausen, isto é, uma filosofia que consiga saltar sobre sua própria sombra. Tenhamos em mente que o jogo de linguagem transcendental são regras universais da razão, no sentido da crítica kantiana, mas incorporando os elementos do segundo giro linguístico. Estética, dialética e analítica transcendentais dão lugar às regras do jogo de linguagem da comunidade ideal. A vantagem da versão de Apel, segundo ele próprio, é resistir às descobertas do segundo giro linguístico, crítica à qual a filosofia de Kant não resistiria. A filosofia de Apel seria capaz de saltar a própria sombra, algo que Kant

seria incapaz de fazer, uma vez que a "Crítica da razão pura" seria solipsista. Ao usar regras de um jogo de linguagem, e não categorias puras a razão, a pragmática transcendental respeitaria a dimensão intersubjetiva do conhecimento e escaparia das críticas do trilema. Vejamos como o autor defende essa posição.

Se sucumbisse ao trilema do Barão de Münchhausen, a primeira forma possível do jogo de linguagem transcendental seria o dogmatismo: declarar inquestionáveis os limites que o jogo impõe à discussão racional. A segunda seria a argumentação circular: dizer que a pragmática transcendental é boa porque chega às regras do jogo de linguagem transcendental, e este é válido porque está de acordo com a pragmática transcendental. O regresso infinito, a terceira opção, seria reformar o projeto de transformação da filosofia, buscando a validade do jogo de linguagem transcendental em instâncias ainda mais altas. Apel se defende dessas críticas logo no princípio da discussão:

Não creio que a pergunta sobre as condições transcendentais de possibilidade e de validade da ciência seja idêntica à pergunta sobre uma possível dedução de teoremas no âmbito de um sistema axiomático que se deva fundamentar novamente, e não creio tampouco que ela precise, por isso, reconduzir a um círculo lógico, a um *regressus ad infinitum* ou, de outra parte, a um posicionamento dogmático dos princípios últimos. (Apel, 2004, p. 249)

Para Apel, as críticas de Albert procederiam se o jogo de linguagem transcendental fosse um sistema axiomático solipsista, mas ele não é, uma vez que deriva de uma reflexão transcendental que incorpora elementos de hermenêutica e filosofia da linguagem do século XX. Estes elementos permitem que ele se eleve da consciência individual para a intersubjetividade. O jogo de linguagem transcendental e a comunidade ideal e ilimitada de comunicação ultrapassam as limitações da lógica analítica e do existencialismo. Mas, afinal de contas, quais são os problemas das filosofias da consciência individual? Por que seriam solipsistas?

Com base no problema da validação a priori da geometria euclidiana, por exemplo, no sentido de Kant, ou das assim chamadas "proposições cromáticas", de Husserl, pode-se demonstrar que essa evidência consciencial no sentido de Descartes, Kant ou mesmo Husserl não é suficiente para fundamentar a validação do "conhecimento". (Apel, 2004, p. 250)

O conhecimento é intersubjetivo, e a evidência consciencial é o mais solipsista dos conceitos. O apelo correto não é à evidência fenomenológica, à intuição intelectual do indivíduo isolado, mas à natureza comunicacional da linguagem:

(...) antes se exige que a evidência intuitiva de cada um seja vinculada por meio de regras pragmático-semânticas a um “jogo de linguagem”, isto é, que ela, no sentido do Wittgenstein da fase tardia, seja elevada a um “paradigma” do jogo de linguagem. Só aí a evidência consciencial de cada um está transformada, através do acordo mútuo, em uma validação a priori de enunciados para nós, podendo valer, por isso, como um conhecimento obrigatório a priori, no sentido da teoria consensual da verdade. (Apel, 2004, p. 251)

Os jogos de linguagem, tal como concebidos pela filosofia da linguagem ordinária (Carrilho, 1994), são como a linguagem funciona em cada contexto; as regras do jogo são a racionalidade do contexto. Quebrando o paradigma do fundamento filosófico cientificista, o “segundo” Wittgenstein reconhece a construção intersubjetiva e consensual do conhecimento, recusando o protagonismo da lógica analítica.³ Apel admira essa mudança de pensamento, já que recusa a prevalência da lógica cientificista, mas considera errado desistir de qualquer fundamento e, assim, recusar o papel de destaque da filosofia no combate ao relativismo. Para resgatar o protagonismo da filosofia, o autor propõe um projeto kantiano, mas evitando o erro solipsista. A consciência individual precisa ser elevada à consciência intersubjetiva, pois só assim seria possível trocar o elucidar pelo compreender (primeiro argumento). Isso é possível através de um jogo de linguagem (segundo argumento) transcendental na comunidade ideal e ilimitada de comunicação (terceiro argumento). Esses argumentos são a espinha dorsal da epistemologia da pragmática transcendental e se inspiram, respectivamente, em Wilhem Dilthey, Ludwig Wittgenstein e Charles S. Peirce. É uma filosofia pragmática porque prioriza a prática linguística, e é transcendental por propor refletir sobre regras a priori do pensamento que fundamentem a razão pura e a razão prática.

Tal projeto é um desafio imenso, e o autor argumenta interpretando de forma pouco usual numerosas e diferentes tradições filosóficas, muitas vezes de forma atrapalhada ou apressada. A título de exemplo, na página 255 dessa obra, ele traz à baila a contradição entre o idealismo alemão e o marxismo, para a qual a pragmática

³ Tese discutível. Ver HINTIKKA, J.; HINTIKKA, M., 1994.

transcendental também seria a solução. É que o saber histórico do idealismo alemão (Hegel) eleva-se a partir da história, mas na direção de um saber absoluto, obtido a partir da consciência individual; é, portanto, arbitrário e solipsista. O marxismo ortodoxo por outro lado, combate a idealização com elementos histórico-materiais, mas se mantém preso ao fatual, culminando em uma forma de dogmatismo a partir das contradições inerentes à luta de classes. A mediação dessas duas instâncias, a ideal e a material, é possível a partir da pragmática transcendental e da racionalidade intersubjetiva. Essa seria uma cisão semelhante à estabelecida entre filosofia analítica e existencialismo, mas no texto ele não elabora esse raciocínio; não se sabe até que ponto as discussões se assemelham, nem o papel da pragmática transcendental em cada um. Tudo bem que não pertença à linha central da argumentação, mas temas tão complexos não se resolvem num espaço tão curto.

À discussão principal pertence a distinção entre ciências naturais e ciências humanas, em que se criticam os fundamentos do positivismo lógico:

Pois esta última (a *logic of science*) parece estar profundamente determinada pelo pressuposto – sobre o qual ela certamente não reflete – de que a saudável separação entre sujeito e objeto da ciência deve ser mantida não apenas no campo das ciências sociais, mas também no das ciências humanas. (...) Diante do fato circunstancial de que o ser humano, nas ciências sociais, é a um só tempo sujeito e objeto da ciência, importa saber se em princípio isso condiciona ou não uma distinção das ciências humanas, em comparação com a situação das ciências naturais. (Apel, 2004, p. 255)

As ciências humanas trabalham – ou devem trabalhar – em uma sintonia diferente das ciências naturais. Nisso reside a diferença entre duas formas de conhecer. A primeira, o elucidar, é pressuposto pelo neopositivismo e que tem como características a explicação de efeitos e causas, além da diferença ontológica entre sujeito pensante e objeto analisado. A segunda, o compreender, considera o ser humano um agente histórico, recusa o isolamento do cientista e exige que a análise penetre no contexto. O elucidar explica; o compreender participa.

Disso resultam a meu ver dois conceitos de experiência completamente distintos, dos quais apenas o primeiro libera o horizonte transcendental para algo semelhante a “normas”, ou para a confirmação indutiva, no sentido da *logic of science*; o segundo conceito, ao contrário, no sentido hegeliano de experiência, libera o horizonte transcendental para uma experiência que conta não somente com a confirmação ou falsificação indutiva, mas sobretudo com a revisão

qualitativa de seus pressupostos conceituais por meio de auto-reflexão. (Apel, 2004, p. 256)

Elucidar e compreender são formas de experiência e conhecimento distintas. Isso remete à hermenêutica filosófica de Dilthey e também ao existencialismo, uma vez que considera o conhecimento técnico de causa, efeito, meios e fins insuficiente para a uma apreensão adequada do ser. A superioridade do compreender em relação ao elucidar se dá porque a divisão radical deste último entre sujeito pensante e objeto pensado não permite que o sujeito pense sobre sua própria condição e seja tratado pela ciência enquanto ator do próprio conhecimento. No compreender, ao entender que o ser humano é também autor de sua história, é superada a lógica das ciências naturais no estudo da cultura. O homem como mero objeto é uma artificialização do elucidar, desfeita e superada pelo compreender.

A separação entre sujeito e objeto típica das ciências naturais, diz Apel, vem desde Max Weber, quando este teria considerado obrigatória para a atividade científica a isenção com relação aos valores. A neutralidade do cientista é, segundo a linha weberiana, condição para que, não se envolvendo com o elemento pesquisado, se tenha uma visão mais clara da situação. Essa necessidade de distanciamento é defendida por Apel mais à frente, mas não na intensidade requerida pelo neopositivismo. Isto porque, quando se trata de ciências humanas, também desde Weber, é necessária uma análise comportamental para além dos fatos crus; o cientista social deve pressupor um certo nível de coerência entre os atos das pessoas, isto é, um propósito racional por trás das ações.

O próprio reconhecimento do “Compreender de acordo com a racionalidade de fins” [*zweckrationales Verstehen*] – tal como Max Weber o denominou – como um *good reason essay* que não se pode reduzir a uma elucidação causal de motivos já inclui a inevitabilidade de uma valoração crítica do comportamento humano, por mais que ela permaneça restrita ao parâmetro normativo da racionalidade instrumental, e por mais que pretenda entender as supostas demarcações de objetivos sem atribuir-lhes valor. (Apel, 2004, p. 258)

Uma ciência humana isenta de valores ou considerações normativas é, assim, impossível. Valores estão presentes no ato de conhecer, e só uma separação filosófica artificial os relega à subjetividade irracional. Para Apel, a lógica analítica leva longe demais a separação entre sujeito e objeto. Segundo Max Weber, a separação entre sujeito pensante e objeto pensado é necessária, mesmo nas ciências sociais, mas

também é necessário um grau de envolvimento do pesquisador, na medida em que só se enxerga a racionalidade dos atos humanos com uma dose de envolvimento do pesquisador com os atos pesquisados. Sem esse envolvimento, o cientista não percebe a humanidade das ações humanas.

Em vista das preocupações éticas centrais à filosofia de Apel, é justo perguntar, a partir dessas considerações, se para o autor existe ainda diferença entre ser e dever-ser. De fato, o ele não chega a afirmar uma separação ontológica entre ser e dever-ser, ou entre fatos e valores. Ele não se preocupa em definir regiões ontológicas; sua ética não atribui o ser ao método elucidativo e o dever-ser ao método compreensivo. Mais do que com diferença de métodos, o filósofo alemão está preocupado está com a formação reflexiva de uma instância crítica:

Isto quer dizer, sim, que experiência no sentido da auto-experiência histórica da sociedade – ao contrário das experiências empírico-analíticas e descritíveis da natureza e do “comportamento” dos seres humanos, metodicamente reificado no sentido de uma semi-natureza social – não podem ser obtidas ou verbalizadas, de modo algum, sem um certo engajamento normativamente relevante no sentido do prosseguimento da história (possível ou indispensável), através da práxis subjetiva-intersubjetiva. (Apel, 2004, 258-259)

Dito de forma mais simples: uma apreensão cientificamente neutra da sociedade a transforma em coisa. Além de um prejuízo epistemológico de se entender o objeto parcialmente, há um prejuízo ético, pois a reificação do elemento social o empobrece, transformando o homem em objeto. Quando se ignora o ser humano como agente da história, transforma-se a sociedade e a cultura em objetos determinados pelas leis da ciência, e tal raciocínio conduz ao determinismo científico. Essa tendência divide a sociedade em instâncias estáticas e entende que as ações humanas seguem um curso necessário; para os objetos sociais existem as leis sociais, assim como para os objetos da natureza existem as leis da natureza. Seriam exemplos dessa tendência o positivismo de Augusto Comte (Saldanha, 2010), com os estágios teológico, metafísico e positivo, e a teoria marxista, que explica a história a partir da luta de classes.

Para Apel, a lógica científica de Popper e a filosofia analítica em geral admitem a necessidade de um horizonte crítico, isto é, reconhecem que um diálogo constante entre os cientistas é fundamental para que sejam corretamente avaliadas as experiências científicas e validadas suas conclusões. Além disso, o diálogo permite

um controle mais amplo da atividade científica, como na criação de normas jurídicas para regular as pesquisas. Essa instância de diálogo entre os cientistas, pela lógica positivista, não é considerada parte integrante da ciência, pois escapa ao mero elucidar; quanto mais distante do laboratório, menos será uma questão de método, e mais será uma questão política. Para Popper e a filosofia analítica como um todo, o amplo diálogo entre os cientistas e destes com a sociedade em geral não passa de uma atividade heurística, sobre a qual não cabe controle ou justificativa racional. Para Apel, no entanto, é no amplo diálogo que se mostra fundamental um horizonte valorativo, uma reflexão transcendental que aborde os aspectos éticos e a teoria da verdade. Essa necessária abertura da lógica científica a temas que não são propriamente seus abre espaço para a reflexão filosófica que Apel propõe.

É pela insuficiência do elucidar que ele precisa do compreender, e então ocorre a convergência filosófica entre eles. Para Apel, não é apenas possível acrescentar um pressuposto filosófico e ético ao elucidar científico; o compreender filosófico é necessário para que o elucidar saiba seu lugar no mundo, para que ele faça parte da história. Mesmo em uma análise empírica das ciências naturais é pressuposta uma comunidade de argumentantes. Qualquer enunciado, por mais preso que esteja a uma lógica de causa e efeito e à divisão ontológica entre sujeito e objeto, é passível de justificação pública.

A distinção lógica entre juízos de realidade e juízos subjetivos de valor é superada desde o início pelo anseio de sentido de cada argumento como declaração dialógica, em prol de uma ética mínima intersubjetivamente obrigatória. (Apel, 2004, p. 260)

Esta ética mínima é necessária. As consequências morais do isolamento solipsista para o indivíduo são nefastas. Não se trata apenas de uma falsa compreensão do mundo ao recusar conhecer aspectos importantes da prática científica, como é uma falha com os outros, na medida em que, isolado no laboratório ou na reflexão filosófica pobre, o pensador se afasta dos assuntos de interesse público. A ciência pertence uma sociedade à qual deve prestar contas, e isso exige a compreensão abrangente do ambiente científico, sem isolar o método dos temas e práticas circundantes.

Como se não bastassem as consequências práticas, o solipsismo é prejudicial por razões puramente lógicas. A pesquisa científica que se apoia apenas em dados

empíricos não pode estar certa de suas conclusões, uma vez que os dados em si mesmos nada informam. O cientista isolado não cria conhecimento, a não ser para si mesmo, segundo as regras de um jogo de racionalidade que ele não sabe se valem fora de seu mundo particular. A evidência intuitiva não vale de nada se não for levada à intersubjetividade, pois o pensamento é um diálogo consigo mesmo. Apenas na argumentação pública é possível reconhecer ou rejeitar a validade de uma descoberta.

A essa altura do texto de Apel, já ganha forma definida o horizonte filosófico crítico. A insuficiência da lógica da ciência não se dá pela ineficiência do método, mas pelo não reconhecimento de que o método depende de um horizonte compreensivo, hermenêutico, valorativo. O defeito da época é considerar as ciências naturais o parâmetro de racionalidade, dando demasiada importância à distinção – essencial à técnica, e só a ela – entre sujeito pensante e objeto pensado. Ignorando assim a reflexão filosófica e pondo em seu lugar a lógica científica, esquece-se que a relação entre sujeitos é primordial, e o diálogo é anterior a qualquer relação de meios e fins. A reflexão transcendental cuida do horizonte ético negligenciado pela lógica analítica, que se perde numa fraca fundamentação filosófica da eficiência pela eficiência.

Quando essa forma de pensar invade as ciências sociais, a ocorre uma alienação grave:

Esse entrecruzamento de interesses apriorísticos – da teoria metodologicamente pura com a prática, no sentido da disposição técnica – vale *a fortiori* em vista da função sócio-tecnológica das assim chamadas ciências sociais empírico-analíticas. É por meio de uma exigência feita na maioria das vezes de maneira ingênua que se acaba expressando o fato de as coisas serem assim: o cumprimento do progresso científico da sociedade industrial moderna precisaria residir em que o controle do homem sobre a natureza, pela via das ciências naturais, fosse complementado pelo controle do homem sobre o homem, pela via das ciências sociais. (Apel, 2004, p. 261)

Uma ciência social empírico-analítica é ingênua e alienada. Quando a sociedade é vista como um objeto científico, abre-se espaço para ciências sociais que, se dizendo objetivas, executam qualquer plano sem oposição. Em assuntos sociais, sempre há questões éticas; quem a ignorar fica à mercê daqueles que não a ignoram. Assim como na sociedade em geral, a falta de consciência crítica leva à divisão entre os dominantes com senso crítico e os dominados sem senso crítico. A reflexão

filosófica é a defesa contra uma ciência da sociedade determinista, que oculta seus interesses sob leis racionais que ela mesma cria.

Para evitar a alienação das ciências sociais, é necessário o engajamento delas num projeto filosófico que reconheça a dignidade filosófica da instância crítica. A ciência social precisa ser crítica e emancipadora. Ela faz isso a partir de uma reconstrução filosófica da situação histórica que é, ao mesmo tempo, normativa e empírica. Isto só pode ser feito a partir de um nível “elevadíssimo de auto-reflexão teórico-filosófica”, e de um “saber que sabe a si mesmo”. Isso só é possível com a consecução do projeto da pragmática transcendental, que é epistemológica e sociológica.

A crítica é sociológica, mas se faz a partir de uma reflexão transcendental que antecipa uma situação ideal. O que a torna especial é que ela não se confunde com a “superação da práxis histórico-social no movimento reflexivo do conceito e na teoria filosófica” em Hegel. Tampouco deve ser confundida com o dogmatismo com base na realidade concreta e que se sustenta a partir de si mesmo.

(...) para mediatizar a teoria crítica e a transformação do mundo, ele (o conhecimento) precisa também proceder permanentemente a um engajamento que não se deixa mais abranger pelo saber (...) tal interlocução, em consonância com seu anseio crítico, representa a tentativa permanente de antecipar a posição ocupada pela comunidade ilimitada e ideal de comunicação na comunidade dos argumentantes, e de conferir validação a essa posição, opondo-se às idiosincrasias do presente. (Apel, 2004, p. 263)

A exposição do autor atinge um alto nível de abstração nesse momento, e contornos mais claros para essa ideia transcendental reguladora nunca foram tão necessários. É indispensável, nesta hora, que Apel apresente seu método, sua forma de conduzir o problema. O método promete a consciência do horizonte valorativo de toda experiência humana a partir de uma reflexão transcendental que supera o solipsismo e resgata a dignidade ética das ciências sociais, e para isso é necessário o engajamento que é a “tentativa permanente de antecipar a posição ocupada pela comunidade ilimitada e ideal de comunicação na comunidade dos argumentantes”. Essa é a ideia que condensa seu projeto de transformação da filosofia; para compreendê-la, é preciso ver mais de perto.

Procedo agora a uma breve recapitulação do explicado até aqui sobre a pragmática transcendental.

Na discussão sobre a ética de Apel, o ponto de partida é a cisão entre filosofia analítica (lógica científica) e o existencialismo, cujo fundamento é o solipsismo, isto é, a desconsideração da prioridade da comunidade de argumentantes e a valorização excessiva do paradigma do sujeito isolado. Na ética do autor, há necessidade de uma nova filosofia pela confusão no seio do pensamento filosófico de seu tempo. O problema moral, já bastante complexo, é apenas um lado do problema.

O outro lado diz respeito à teoria do conhecimento, que, ao valorizar excessivamente os dados sensíveis, privou a racionalidade de uma instância filosófica crítica. Isso atinge a filosofia, as ciências naturais e as ciências humanas. Na discussão epistemológica, as falhas inerentes ao conhecimento científico ganham relevo, culminando com a constatação de que as ciências sociais que seguem o padrão positivista têm uma equivocada ideia de sociedade, cuja indesejada consequência é a formação de dominantes e dominados, mascarada por leis pretensamente objetivas.

Note-se que, para o autor, as principais consequências dos problemas epistemológicos também se relacionam às relações interpessoais. Os assuntos éticos são sua grande motivação.

Seria um erro buscar uma sequência lógica, passo a passo, dos argumentos de Apel. Não há começo, meio e fim, mas um entrelaçamento de problemas filosóficos em torno da preocupação principal: a crise da filosofia no alvorecer da pós-modernidade. Karl-Otto Apel é culturalista e enciclopédico, mas *en passant*. Ele costuma falar, em poucas páginas, de uma dezena de autores, mas nunca fala de verdade sobre eles; os autores são atores, pretextos de uma estória: a crise na filosofia de seu tempo e a necessidade do engajamento no processo de reflexão crítica sobre o conhecimento e a ética em geral. Farei mais considerações sobre isso adiante, quando explicar as motivações de Apel a partir da filosofia da arte de John Dewey. No momento, será enfim analisada a última peça desse mosaico: o jogo de linguagem transcendental da comunidade ideal e ilimitada de comunicação.

1.3 Wittgenstein, segundo a pragmática transcendental

Para Apel, ninguém melhor do que Ludwig Wittgenstein ilustra a derrocada do positivismo lógico e a emergência da intersubjetividade como paradigma filosófico. O "Tractatus Logico-Philosophicus" representaria a proposta de uma epistemologia das ciências naturais, fechada, enquanto as "Investigações Filosóficas" abriria a razão para o contexto e insere na ideia de razão a intersubjetividade e os temas éticos. Não à toa, o resultado da reflexão transcendental é um jogo de linguagem, mas não um jogo de linguagem qualquer: respeitando a intersubjetividade, mas sem se limitar às convenções no tempo e no espaço, busca sua validade em regras universais do saber contidas não na mente do filósofo, mas na comunicação entre sujeitos. O jogo de linguagem transcendental, superando as limitações do solipsismo e do convencionalismo, é o modelo da instância filosófica crítica. Vejamos, agora, como a passagem do primeiro para o segundo Wittgenstein apoia tal projeto.

Para Apel, é sintomático que um dos maiores nomes da filosofia analítica seja também quem melhor denuncia suas contradições.

Pressupostos transcendentais simplesmente não são reconhecidos pelo empirismo lógico e, portanto, mantêm-se irrefletidos. Contudo, caso se queira dá-los a conhecer e torná-los acessíveis a uma discussão crítica, então é preciso retrogradar até Ludwig Wittgenstein como figura-chave da filosofia lingüístico-analítica. Em minha opinião, Wittgenstein introduziu o solipsismo metódico na filosofia lingüístico-analítica como pressuposto transcendental, e também o superou, afinal, com o auxílio da abordagem lingüístico-analítica. (Apel, 2004, p. 266)

Segundo a pragmática transcendental, o "Tractatus" é o renascimento do projeto, iniciado por Leibniz, de uma linguagem filosófica pura, livre de ambigüidades e imprecisões existentes na língua natural. Inspirando-se na matemática, que possui sistemas axiomáticos formalizados, parecia possível construir um sistema de linguagem filosófica também formalizada, que esclareceria os problemas da filosofia, eliminando da ciência -- e do pensamento em geral -- qualquer vestígio de metafísica. Para Apel, tanto Leibniz quanto Wittgenstein procuram anular filosoficamente a ambigüidade da linguagem natural.

Este projeto de linguagem formalizada possui três pressupostos principais. O primeiro é a existência de fatos independentes da ação humana. O segundo, a

existência de dois tipos de verdades: verdades de razão e verdades de fato (respectivamente, verdades de juízos analíticos e verdades de juízos sintéticos). O terceiro é que a linguagem formalizada e purificada conteria as verdades de razão, sendo preenchida pelas verdades de fato obtidas na experiência sensível; juízos analíticos e juízos sintéticos se completariam mecanicamente.

Uma idéia diretamente vinculada a essas é a de que os fatos experimentados por alguém serão experimentados da mesma forma por qualquer outra pessoa, já que a experiência sensível é objetiva, independente da pré-compreensão do sujeito. Isso é resultado da separação metódica entre sujeito e objeto: o objeto é o que é, independentemente de quem o experimenta, já que sua realidade é exterior.

Essa uniformidade dos fatos experimentados é um problema para Apel, que combate o solipsismo e é partidário da teoria consensual da verdade. Para ele, antes de existirem as coisas, existe quem as experimenta, mas não na forma de experiência isolada. As experiências individuais se entrecruzam, através da linguagem, formando um conhecimento que vale entre sujeitos. O fato é o ponto de contato, já dentro da linguagem, entre a experiência de dois ou mais sujeitos. A verdade objetiva é, na verdade, intersubjetiva e linguística: o objeto só existe com a experiência de uma linguagem compartilhada.

A ideia de intersubjetividade remete aos atos de fala da filosofia da linguagem ordinária:

“Atos de fala” (“speech acts”) – tais como asserções, perguntas, pedidos, asseverações etc. – que demonstrem a “competência comunicativa” lingüística do ser humano, à medida que situem o teor proposicional de enunciados em um diálogo, não podem ter lugar na linguagem formal, já que não pertencem – como se diz – à dimensão objetiva e sintático-semântica da linguagem como um sistema de signos, mas sim à sua dimensão subjetiva e pragmática.

Atos de fala são elementos complicadores para uma linguagem formalizada, como são também os advérbios de tempo e lugar. Isso acontece porque a linguagem formalizada só percebe fatos, ou seja, apenas aquilo que corresponde aos dados puros dos sentidos. Tudo que complica a mera constatação de fatos, como as sentenças que expressam dúvida, meras possibilidades ou juízos de valor, não impossibilitam totalmente uma linguagem formalizada, mas complicam o trabalho de quem a constrói, uma vez que aumentam a complexidade da expressão lingüística que deve

ser transformada em expressão lógico-formal. A linguagem formalizada visada pelo "Tractatus" ignora esses complicadores, seja por simplificação ou aderência aos princípios da filosofia analítica. Essa exclusão de elementos naturais à linguagem é arbitrária, segundo Apel.

Dessa crítica escapa uma teoria consensual da verdade, pois ela não vai atrás de uma linguagem formalizada e unívoca. Pelo contrário, cada situação é considerada na sua particularidade, e as regras de interação se renovam a cada novo contato. Além disso, a teoria consensual explica a comunidade de cientistas, responsável pela direção das pesquisas e validação das descobertas, em vez de, como tenta a linguagem formalizada, reduzir as descobertas científicas às constatações de fatos uniformes. A teoria consensual, considerando a intersubjetividade fundamental do conhecimento de qualquer assunto, leva a sério as discussões no seio da comunidade científica que antecedem as constatações de fato. A escolha do método, as questões éticas, religiosas e políticas são incluídas, com todas as suas imprecisões, na construção racional do conhecimento.

A ligação do solipsismo com a lógica científicista também é inspirada em Wittgenstein (mais precisamente, na passagem 5.64 do "Tractatus")⁴:

A meu ver, essa proposição de Wittgenstein formula com exatidão o (moderno) auge do solipsismo metódico na filosofia lingüístico-analítica, à medida que o empirismo lógico o pressupõe: ele não nega a existência de outros sujeitos, mas sim a pressuposição transcendental-pragmática e transcendental-hermenêutica de uma comunidade com outros sujeitos, no que diz respeito ao entendimento do mundo por parte do ser humano e ao autoentendimento humano. (Apel, 2004, 273)

O realismo é igual ao solipsismo porque, para os dois, o sujeito deixa de ser assunto. É o mesmo erro afirmar que a realidade é interior à mente e afirmar que a realidade é exterior a ela; o que põe em evidência o sujeito é a interação dele com os dados que não dependem de sua vontade, e isso tanto o puro empirismo como o puro idealismo ignoram. A instância crítica, compreensiva e intersubjetiva só ocorre na interação do sujeito com o ambiente, que corresponde principalmente à interação do sujeito com outros sujeitos através da fala.

⁴ "Aqui se vê que o solipsismo, levado às últimas conseqüências, coincide com o puro realismo. O solipsismo reduz-se a um ponto sem extensão e resta a realidade coordenada a ele" (Wittgenstein, 2001)

Só há uma realidade subjacente quando há uma forma do sujeito chegar a ela. O que garante ao sujeito que sua experiência é real, e não uma ilusão, é a possibilidade de compartilhar, através da linguagem, a forma de perceber o mundo. Em outras palavras, só há realidade quando há uma convenção que a ela se refere. Toda realidade é para uma convenção, ou seja, para um conjunto de conceitos compartilhados e que direcionam o contato com a realidade, dando sentido aos dados sensíveis. É partilhando uma convenção que os sujeitos interagem entre si e com o ambiente.

Para a pragmática transcendental, as convenções não podem ser explicadas segundo um esquema lógico-dedutivo, uma vez que a lógica dedutiva é um tipo de convenção entre muitos possíveis. Para Apel, carece de fundamento uma explicação do mundo segundo a lógica dedutiva, assim como careceria de fundamento uma explicação do mundo apenas a partir da poesia da teoria dos jogos ou da luta de classes. Por isso é necessário elevar-se em relação às finalidades particulares, através da reflexão transcendental.

Através da reflexão, percebe-se que não é possível controlar as convenções, mas nem por isso elas são arbitrárias. Deve haver um fundamento, independente das convenções particulares, que dê validade a cada uma delas. O que Apel deseja é um jogo de linguagem que fundamente os jogos de linguagem, mas não a partir da lógica formal. O fundamento deve ser imanente aos jogos de linguagem. Uma reflexão transcendental sobre o fundamento geral nos leva ao jogo de linguagem dos jogos de linguagem, isto é, o jogo de linguagem transcendental.

A mudança de pensamento de Wittgenstein é assim vista por Apel:

Na obra tardia de Wittgenstein, creio que o problema a ocupar o lugar central é justamente o da fundamentação transcendental-pragmática das convenções do estabelecimento de regras ou de sua interpretação; esse problema havia sido apenas proposto na *logic of science* neopositivista, em meio a transição da metafísica do “atomismo lógico” para o “princípio de convencionalidade” da semântica construtiva, mas permaneceu irrefletido. (Apel, 2004, p. 274)

“Permaneceu irrefletido”, ou seja, o autor interpreta Wittgenstein para além de Wittgenstein. Ele pede licença ao leitor para pensar “com Wittgenstein, contra Wittgenstein”.

Há, vários elementos importantes a serem considerados nas Investigações Filosóficas, e não há uma interpretação definitiva para a idéia de jogo de linguagem, trazida na obra. O elemento ressaltado por Apel na idéia de jogo é seu caráter convencional. As convenções, por sua vez, não são objeto de estudo, mas sim pressupostos da atividade racional (algo como tempo e espaço em Kant). Não há causa da intersubjetividade; ela simplesmente existe como pressuposto necessário do conhecimento.

No entanto, a pragmática transcendental não se conforma em apenas descrever os jogos de linguagem. A passagem da linguagem formalizada para a verdade convencional é um passo importante, mas é necessário ainda compreender a lógica imanente a todos os jogos de linguagem, pois só assim se ganhará consciência da dimensão crítica.

A função prática da dimensão crítica é expressa por Apel quando ele discute as ideias de Paul Winch. Segundo este, a ideia dos jogos de linguagem mostra com muita acuidade o fato fundamental para as ciências humanas, sociais e históricas de que a realidade é composta pela interação entre seres humanos. Assim, é preferível, nas ciências humanas, utilizar-se dos paradigmas dos jogos de linguagem do que relações causais. Nesse ponto, Apel e Winch concordam em que, para as ciências humanas, o elucidar não é suficiente.

Porém, para Apel, Winch não alcança a dimensão crítica do compreender, uma vez que aceita que o cientista social está sempre limitado à sua cultura quando analisa outras culturas. Sendo sua compreensão dos outros sempre condicionada à sua compreensão de mundo, não seria possível uma crítica genuinamente científica (neutra) de outras culturas. A própria condição é um obstáculo para se colocar na situação do outro, portanto, a essência dos jogos de linguagem seria apenas mais um jogo ao lado, e não acima dos demais. Impossível olhar acima de sua própria condição.

Essa reflexão sobre as ciências humanas é uma reflexão aparentada com a hermenêutica, no sentido de Gadamer em Verdade e Método, ao incorporar dois elementos: o primeiro, a insuficiência das explicações causais para as ciências humanas, e o segundo, a proposta de uma nova percepção filosófica verdade, na qual se compreenda a condição do outro a partir da própria. Não surpreende que, para

Apel, a filosofia não pode se contentar com isso, pois sua reflexão crítica não pode depender dos contextos concretos, nem ser limitada ou condicionada pelas condições históricas. A historicidade da pragmática transcendental é o ponto de partida, mas não o de chegada.

Ao menos um jogo de linguagem constitui exceção e é pressuposto como jogo de linguagem transcendental, quando se trata de jogos de linguagem dados como fatos semi-transcendentais (no sentido do relativismo dos jogos de linguagem). (...) Ora, é por meio de um determinado jogo de linguagem que o filósofo ou o cientista social precisam estar capacitados à participação transcendente-comparativa dos jogos de linguagem dados. E em tal medida é mesmo paradoxal o discurso de Winch sobre “modo de observação livre de vínculos” a ser acatado pelo filósofo. (Apel, 2004, p. 288)

Winch ou Gadamer aceitam certo grau de relativismo, ou seja, recusam uma instância crítica universal. A necessidade de uma instância crítica é, para Apel, imanente à existência dos jogos de linguagem, pois tudo deve ter fundamento⁵; só o fato de identificar as convenções como jogos já indica uma natureza comum, portanto, passível de fundamentação filosófica. Esse fundamentar deve ser regressivo, a partir da imanência da linguagem, e não simplesmente um pressuposto pragmático e exterior, como no pluralismo político de Popper. É preciso se elevar sobre o dado, mas a partir do dado; uma vez que se participa de algum jogo de linguagem, já se obedece ao jogo de linguagem transcendental.

O jogo de linguagem transcendental é o jogo de linguagem formado por regras que não dependem dos jogos de linguagem particulares. Ele está num nível privilegiado em relação aos jogos de linguagem dados, porque ele não é obtido meramente pela observação e comparação; ele é resultado de uma reflexão transcendental sobre as próprias condições de possibilidade lingüística, que são intersubjetivas. Ao conter as regras das quais ninguém pode escapar enquanto falante (i.e., enquanto ser racional), o jogo de linguagem transcendental permite não só compreender os jogos de linguagem particulares; ele vai além disso. É ele que possibilita, em primeiro lugar, identificar os jogos de linguagem, porque a idéia de jogo em geral se obtém pela observação de jogos particulares. Em segundo lugar, ele possibilita a comparação entre jogos de linguagem, porque possui características

⁵ Note-se a semelhança com a prova ontológica da existência de Deus, de Descartes (e de Santo Anselmo), na qual o ser perfeito existe por causa da imperfeição das coisas do mundo.

obrigatórias a todos. Em terceiro lugar – e talvez o mais importante – é ele que permite corrigir os jogos de linguagem particulares; além de identificar e comparar, ele permite julgar. Ele é a instância crítica tão necessária ao compreender.

Ao participar de qualquer jogo de linguagem, já jogamos o jogo de linguagem transcendental. Negá-lo é cair em contradição profunda, pois é negar as regras que permitem qualquer enunciado, inclusive o de sua negação. A falha em jogar o jogo de linguagem transcendental recebe de Apel o nome de “autocontradição performativa”. Aplicar a crítica da pragmática transcendental é identificar e desmascarar as contradições performativas dos discursos filosóficos e científicos.

A contradição performativa, ou seja, a incompatibilidade entre um discurso determinado e as regras transcendentais da argumentação, deve ser resolvida em favor destas últimas. Um exemplo é o discurso que se baseia na mentira como regra. Se os argumentantes pressupõem que os co-argumentantes mentem o tempo todo, é impossível manter um diálogo, porque a comunicação será pautada pela desconfiança. Um discurso que se declare racional tem a verdade como pressuposto.

Outra contradição performativa é aquela que se encontra nos céticos, ao dizerem que não existem verdades. Ao dizerem que não existem verdades, os céticos enunciam uma verdade. Se um cético é radical o suficiente para considerar que não existe nenhuma verdade, sua constatação de que não há enunciados verdadeiros deve também ser considerada mentirosa, invalidando seu discurso logo de saída. Uma vez reconhecida a prioridade do intersubjetivo, um discurso cético radical é impossível.

O papel da filosofia para Apel é eminentemente crítico, pois consiste na identificação dos discursos a partir das regras imanentes aos discursos. É um projeto kantiano, mas com pelo menos uma diferença importante: o aprendizado com a filosofia da linguagem do século XX:

(...) sou da opinião de que a resposta à pergunta proposta por Kant não retrograda à filosofia kantiana de uma “consciência em geral” transcendental. A resposta à pergunta quanto ao sujeito transcendental da ciência, mais que isso, precisa estar mediada, segundo creio, por uma conquista efetiva da filosofia deste século, qual seja: o discernimento quanto ao status transcendental da linguagem e da comunidade linguística.

Ao status transcendental da linguagem se une o status transcendental da comunidade linguística. Esta é a comunidade ideal e ilimitada de comunicação, um

conceito filosófico e contrafactual. Essa ideia se inspira no pragmatismo de Charles Peirce.

Para Peirce, o cientista deve ter consciência de que suas descobertas serão julgadas por uma comunidade de *experts*; sua pesquisa é para eles. O dever dele é antecipar as exigências da comunidade, e não encontrar verdades definitivas. O processo de pesquisa baseia-se em tentativa e erro, e não numa conformidade a princípios pré-estabelecidos. Essa antecipação se dá a partir da prática científica corrente, e por isso não é fruto de imaginação livre. Ela parte do efetivo para uma situação possível, e possível dentro de uma comunidade de argumentantes. Ainda para o fundador do pragmatismo, a verdade é um conceito ideal do qual a comunidade apenas se aproximaria, e esse avanço depende da atividade constante de uma comunidade crítica.⁶

Peirce não chega a falar em uma reflexão transcendental. A práxis é tão fundamental para ele como foi para Thomas Kuhn ao formular o conceito de paradigma. Para Apel, sem surpresas, o papel da filosofia é, a partir desse reconhecimento do papel da comunidade, atingir pela reflexão a instância crítica ideal, que ultrapassa as limitações da prática. Ela é formada pelas regras essenciais à performance linguística (o jogo de linguagem transcendental) e pelo seu hábitat, a comunidade ideal e ilimitada de comunicação. Essa comunidade é uma antecipação mental do contexto ao qual pertencem as regras transcendentais da razão linguística, e não existe no tempo e no espaço.

Poucos esclarecimentos são dados sobre o jogo de linguagem transcendental ou sobre a comunidade ideal e ilimitada de comunicação. Nos textos de Apel, ele diz muito o que eles não são, ao indicar as falhas de outras filosofias. Ao menos nos numerosos ensaios de “A transformação da filosofia”, a pragmática transcendental é ainda um projeto. Ele dá algumas indicações sobre que regras estão no jogo de linguagem transcendental, como o dever de pressupor a verdade do discurso e a intenção de se chegar a um acordo racional e equilibrado. Mesmo assim, a prova é negativa, pois vem pela indicação de que a situação contrária é absurda. Talvez nisto

⁶ Para Peirce, a comunidade de cientistas se aproximaria progressivamente da verdade e, “*in the long run*”, chegaria o conhecimento verdadeiro. Possível interpretar essa expressão “*in the long run*” como um ideal inatingível.

mesmo consista o método de prova da pragmática transcendental: construir caso a caso o jogo de linguagem transcendental, a partir da denúncia de contradições e absurdos. O problema é: contraditório e absurdo segundo quais parâmetros?

A pragmática transcendental é um projeto confuso. Na doutrina, alguns elementos se assimilam às idéias de jogo de linguagem transcendental da comunidade ilimitada de comunicação, entre eles o auditório universal de Perelman ou a situação ideal de fala de Habermas, mas ele não liga seu projeto a nenhum desses. Isso dificulta a compreensão de sua mensagem. Nitidamente, ele quer ir além da situação ideal de fala. Porém, é preciso dizer, e nem mesmo ele sabe como fazer isso.

No fim do artigo "A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais", ele dá um exemplo de como deve ser feita uma crítica antropológica, numa análise de caso sobre o papel do misticismo em uma sociedade tecnológica. Só que, logo depois, ele explica que não importa se sua análise de caso está correta ou não; o que importa é a prevalência do jogo de linguagem ideal em meio às formas dadas de vida e aos empecilhos irracionais que possam impedir a comunicação. Se nem ele se convence da análise que faz...

Na seqüência, Apel faz um apanhado das suas intenções com a proposta de um jogo de linguagem transcendental da comunidade ilimitada de comunicação:

Quando se está entre a ameaça de uma hermenêutica relativista, que sacrifica sua própria condição de possibilidade em favor do pluralismo das mônadas dos jogos de linguagem, e o perigo de uma crítica dogmático-objetivista dos outros, que não se dispõe mais a integrar-se a qualquer diálogo efetivo, penso que a saída cabível é evitar os dois riscos. Acredito abertamente – e com isso retorno ao título-tese que esclareci já no início – que esse objetivo da filosofia e das ciências sociais críticas só pode ser alcançado ao longo do tempo em conjunto com a realização prática da comunidade de comunicação ilimitada, nos jogos de linguagem dos sistemas auto-afirmativos. (Apel, 2004, p. 297)

Esses riscos são os riscos da filosofia enquanto teoria do conhecimento. A eles está diretamente ligado o problema ético do compreender, pois a compreensão através da pragmática transcendental é o antídoto contra a crise da modernidade. Apel achou o antídoto, mas existe a doença?

Nas considerações críticas abaixo, se destacarão alguns pontos problemáticos da pragmática transcendental. A pretensão da pragmática transcendental é a antítese do pragmatismo clássico. Neste está presente um senso estético que, contornando as

questões mais difíceis da epistemologia e da ética ilustradas pela teoria de Karl-Otto Apel, permite uma abordagem pouco ortodoxa de doutrinas mais ligadas ao direito.

1.4 Considerações críticas sobre a pragmática transcendental

Há problemas com as ideias de Apel, e em grande número. Ao longo da exposição acima, destaquei alguns. A teoria é complexa, cansativa, e trabalha com uma grande quantidade de autores em pouco espaço, fazendo uso de interpretações pouco ortodoxas. É notável a energia intelectual do autor, mas é igualmente evidente sua confusão, tanto na identificação dos problemas éticos quanto nos fundamentos de sua epistemologia em um jogo de linguagem transcendental. Há boas ideias, mas mergulhadas em um mar de palavras pomposas e filosofias obscuras. Tentarei agora destacar e descartar as confusões para, na sequência, construir o argumento da tese com as boas ideias que restam.

a) Solipsismo

O primeiro problema é o conceito de solipsismo, inspirado em um trecho do primeiro livro de Wittgenstein e usada de argumento contra todas as formas de filosofia que falham em reconhecer a prevalência ontológica da intersubjetividade. O solipsismo mais atacado é o da lógica cientificista do positivismo lógico, que adota a teoria da verdade como referência. De maneira simplificada, pode-se dizer que a verdade como referência separa sujeito e objeto, considerando que, para um enunciado ser verdadeiro, basta uma relação entre palavras e fatos. O enunciado se refere a algo no mundo; se a descrição corresponde a algo, a referência é satisfeita e o enunciado é verdadeiro. Se a descrição não corresponde a nenhum fato existente, a referência não é satisfeita e enunciado é falso⁷. Para a pragmática transcendental, separar dessa maneira sujeito e objeto é um erro gravíssimo.

Porém, não é apenas o cientificismo da filosofia analítica que comete esse pecado. De Hobbes a Gadamer, passando por Kant e Hegel, seria ignorada a prevalência do horizonte hermenêutico intersubjetivo, isto é, a instância crítica

⁷ Há ainda enunciados sem sentido, mas este terceiro tipo não é necessário para a presente análise.

transcendental e linguística das situações particulares. O alto nível de reflexão filosófica necessário para resolver os graves problemas sociais, sejam éticos ou científicos, só seria atingido pela pragmática transcendental, já que a ela estão disponíveis as descobertas dos jogos de linguagem, as críticas idealista e marxista, além da ideia pragmatista de uma comunidade de *experts*. A filosofia amadureceu o suficiente para permitir a pragmática transcendental.

Tome-se a ideia de comunidade de cientistas, inspirada no pragmatismo de Peirce. Apel enfatiza seu caráter fundante, ou seja, enfatiza que a validade de um enunciado científico depende do consenso de uma comunidade de cientistas, e também que o avanço da ciência depende das aproximações progressivas desse consenso à verdade definitiva. Isso é a ideia de verdade consensual característica do segundo giro linguístico, mas com doses de ciência, especialistas e verdade. A teoria consensual da verdade, ao reconhecer a precedência da comunidade e seu consenso racional, evitaria o solipsismo.

De um lado, o paradigma solipsista, de Descartes, Hobbes, Kant e Russell, que separa sujeito e objeto e ignora que a comunidade é prioritária. De outro, o segundo giro linguístico e Peirce, que priorizam os atos de fala e o consenso, isto é, os aspectos pragmáticos da razão. Se essa oposição é absoluta, é necessário dar razão a Apel, uma vez que, no atual estágio da filosofia, é impossível negar a dimensão pragmática e suas consequências mais evidentes, como o falibilismo e algum grau de relativismo cultural. Se a oposição é absoluta, a pragmática transcendental é a conclusão óbvia do nosso estágio filosófico.

Porém, a oposição entre verdade consensual e verdade referencial não é absoluta. John Dewey, ao falar do hábito e do aprendizado, observa que “tão logo uma criança obtém de outros a manifestação de um hábito, fica provado que ela é capaz de formar um hábito sujeito às exigências de outros, como também à formação de seus futuros hábitos” (Dewey, 1958, p. 281)⁸. Para esse autor, um enunciado se confirma tanto pelo consenso real ou presumido de outros seres racionais, como também pela confirmação da informação em experiências futuras. Em outras palavras,

⁸ As soon as a child secrets from others the manifestation of a habit there is proof that he is practically aware that he forms a habit subject to the requirements of others as to his further habit formations.

o consenso é uma das formas de verificação; uma relação estável com a experiência sensível é tão eficiente quanto ela para a validação ou renúncia a uma ideia.

Pode-se argumentar a favor da teoria da verdade consensual que não há linguagem privada, ou seja, mesmo uma constatação de fato feita por um único sujeito isolado pressupõe um conhecimento objetivo, ou seja, a possibilidade linguística de se distribuírem as informações a outros sujeitos. No entanto, um argumento igualmente forte pode ser colocado a favor da verdade referencial: todo consenso é consenso de sujeitos que se comunicam, ou seja, há consciências individuais entrelaçadas. Logo, para haver consenso é necessário que os dados imediatos da experiência de cada um dos falantes concorde. Sem os dados imediatos da experiência, não há material para ser confirmado ou rejeitado na intersubjetividade.

Há uma longa discussão na tradição analítica sobre linguagem privada e dados da experiência (Quine, 1951; Davidson, 1984) que não cabe reproduzir aqui. Tanto Thomas Kuhn como John Dewey mostram a compatibilidade entre a verdade referencial e o consenso, entre a realidade e a convergência das opiniões racionais, para não falar do próprio Peirce, que deixou aberta a possibilidade de verdade objetiva quando usou a imagem da ciência se aproximando progressivamente da verdade. É mérito de Apel chamar atenção para a dimensão intersubjetiva da linguagem, mas ele exagera na contraposição da verdade referencial à verdade consensual. A oposição não é tão séria, e nem mesmo a filosofia analítica adota uma postura tão restrita de realidade que exclua a revisão de conceitos através do diálogo.

O próprio Peirce usa a ideia de comunidade para reforçar sua esperança numa verdade empírica, dependente das consequências práticas objetivas. Sua veia empirista é forte, apesar da ênfase no raciocínio abduutivo, ou problemático, que para alguns desafia a lógica tradicional (Santaella, 2004). Ainda que Apel tenha feito uma interpretação pouco ortodoxa do primeiro pragmatista, mesmo distante da interpretação de Peirce a verdade consensual é compatível com a verdade referencial. O empirismo pode ser criativo, como mostra a ideia deweyana de experiência.

b) O jogo de linguagem transcendental

Apesar, em si mesmos, os conceitos de verdade baseados nos dados empíricos e no consenso se complementarem, em vez de se contradizerem, a

pragmática transcendental tem ainda uma boa razão para priorizar o consenso em detrimento da referência: a intersubjetividade permite formular uma instância ética crítica. As vantagens do paradigma intersubjetivo não são a eficiência ou a descrição perfeita da natureza ontológica do pensamento, mas as portas que ele abre a uma fundamentação ética transcendental.

Por mais que haja controle dos resultados na repetição das experiências de um único sujeito, ele só observa a dimensão ética do conhecimento quando se vê em comunidade. A eficiência de sua observação empírica pode ser garantida em laboratório, mas a dimensão ética, a reflexão filosófica necessária, só é possível na dimensão linguística, no consenso compartilhado. O consenso é uma necessidade prática, mas de natureza filosófica, quando observamos a sociedade como um todo e percebemos as limitações do paradigma referencial para as discussões políticas.

Por isso que, apesar de Karl Popper reconhecer o falibilismo das verdades baseadas nos dados empíricos e a necessidade de uma constante crítica na pesquisa científica, suas conclusões são insuficientes para Apel. Popper apenas sugere, mas não desenvolve uma instância crítica racional e independente dos fatos. Quando ele fala, em “A sociedade aberta e seus inimigos”, que a crítica incessante é um ato de fé, ele desiste de elevar a filosofia ao nível da crítica racional transcendental. Popper não crê possível um fundamento filosófico da abertura do discurso, e isso para Apel é desistir cedo demais do projeto ético racional, o que é também negar à filosofia seu papel social.

Para a pragmática transcendental, a abertura da sociedade aberta é um pressuposto filosófico cuja negativa faz o falante cair em uma contradição performativa. Se Popper diz que tudo é discutível racionalmente e que não existe regra política definitiva, essa sua afirmação fundamental é negada pelo relativismo que ela sustenta? Se toda posição política é temporária e pode ser criticada, não seria esse mesmo pressuposto político também falível? Para Apel, a não ser que se considere o falibilismo político um pressuposto transcendental independente dos fatos e dos atos de fé de um cidadão preso no tempo e no espaço, a abertura não se sustentaria.

Se, para Popper, a ausência de uma justificação filosófica é o que permite a sociedade aberta, para Apel a sociedade aberta só pode ser garantida por uma reflexão

filosófica. A pragmática transcendental reconhece a insuficiência das fundamentações filosóficas tradicionais, e o risco de dogmatismo que elas carregam, mas ainda deseja uma instância crítica acima dos contextos.

Essa instância crítica, como se viu mais acima, é o jogo de linguagem transcendental da comunidade ideal e ilimitada de comunicação. Suas regras são imanentes a qualquer jogo de linguagem, logo, não é necessária uma prova dogmático-dedutiva da sua existência, tampouco qualquer outro apelo a uma metafísica transcendente. Em sintonia com a evolução filosófica do século XX, fundamenta uma ética que não depende da ciência ou alguma doutrina perfeccionista. O jogo de linguagem transcendental é, para Apel, um “fato da razão da comunidade comunicacional crítica”. Nas palavras do autor:

(...) a crítica de sentido transcendental pode demonstrar em primeiro lugar que a aceitação das regras do jogo de uma comunidade crítica de comunicação não é um “factum” empírico, senão que ele pertence às condições de possibilidade e de validade da constatação empírico-científica de fatos. (...) Esse pressuposto, entretanto, não é a condição de um imperativo hipotético (...), pois de modo algum se pode negá-la de maneira sensata, sem que a própria discussão seja suspensa. A aceitação da norma moral básica da comunidade comunicacional crítica – já que necessariamente precisa estar suposta – não tem o caráter de “factum”, no sentido que Hume lhe atribui, mas sim o caráter do “factum da razão” [*Faktum der Vernunft*] kantiano. (Apel, 2004, p. 470-471)

Uma vez que se trata de um fato da razão, para atingir o nível reflexivo da comunidade crítica ilimitada, é necessária uma intuição transcendental. A natureza dessa intuição não é clara. Há uma lacuna deixada pelo filósofo ao defender uma evidente necessidade de reflexão transcendental, mas se limitando à prova indireta: a insuficiência dos jogos de linguagem particulares e dos contextos dados. Dada essa importante lacuna, resta especular sobre a natureza das regras do jogo de linguagem transcendental. Levanto três possibilidades.

A primeira é o jogo de linguagem transcendental ser formado por regras tautológicas.

As regras do jogo de linguagem transcendental são necessidades da razão, sendo portanto razoável pensar nelas como conseqüências visíveis e necessárias dos conceitos empregados nos jogos de linguagem particulares. O problema é que, por serem estarem próximas da obviedade, não acrescentam nada ao que já é dado. Sendo

tautológico, o jogo de linguagem transcendental garantiria validade universal, mas perderia sua capacidade de crítica e revisão dos jogos de linguagem ordinários. Regras como “o que é verdadeiro numa situação tem que ser verdadeiro em uma situação semelhante” ou “o que é afirmado não pode ser negado sem contradição” ou “se A é maior que B e B é maior que C, A é maior que C” são regras aceitas, mas são óbvias demais para modificarem um estado de coisas.

Por não acrescentarem conteúdo algum a uma discussão em curso, o poder de correção das regras tautológicas é muito limitado. A pragmática transcendental busca uma transformação da filosofia para além dos limites da lógica, e para um projeto dessa magnitude é necessária uma abordagem transformadora. A tautologia é, portanto, inadequada à pragmática transcendental, e são necessárias regras menos óbvias.

A segunda possibilidade é a de regras obrigatórias e não-óbvias.

Quando se aumenta a quantidade de informação de uma regra, tornando-a menos óbvia, a amplitude de sua aplicação é diminuída. O aumento de informação de um conceito o torna aplicável a situações mais específicas. Em caso de regras de comportamento, ao diminuir a generalidade há dois caminhos: diminuir a abrangência e manter a harmonia, ou forçar a aplicação em todos os campos. O direito à propriedade em geral, com menos informação, é reconhecido por mais culturas do que o direito à propriedade escrava ou o direito à propriedade de drogas alucinógenas, que possuem mais informação. A maior carga de informação dos últimos conceitos diminui a possibilidade de uma cultura os considerar regras válidas.

O jogo de linguagem transcendental desse segundo tipo, então, ganharia poder normativo, modificando o contexto ao acrescentar informação a ele. Seria estabelecida uma ordem hierárquica de regras racionais, em cujo topo estaria o jogo de linguagem da pragmática transcendental, condicionando assim as reflexões éticas e científicas nos contextos particulares.

É demasiadamente complexo estabelecer uma estrutura piramidal de princípios e regras racionais, pois em algum momento um grau de adaptação aos contextos seria requerido. Alguns se tornariam, ao longo do tempo, mais gerais, outros seriam mais específicos; uns se restringiriam à moral, outros à ciência, alguns

se aplicariam aos dois campos. Alguns, aplicáveis a todas as culturas; outros, aplicáveis a culturas específicas; uns dependeriam da ciência, outros fundamentariam a ciência. Uma filosofia assim complexa é impraticável.

É improvável que Apel tenha em mente um sistema de regras tão complexo quando fala do jogo de linguagem transcendental, mas ele também não nega, deixando assim espaço para projetos desse gênero. Robert Alexy (2001), por exemplo, tenta construir um sistema de regras racionais para a argumentação jurídica com base na pragmática universal de Habermas, que é por sua vez uma derivação do projeto da pragmática transcendental. Entre inúmeras críticas cabíveis à teoria da argumentação de Alexy, uma das mais efetivas é que a quantidade de regras é tão grande que a teoria prejudica o ato de argumentar, quando o deveria facilitar.

A terceira possibilidade é a de que o jogo de linguagem transcendental seja formado por conselhos.

Na insuficiência das duas hipóteses anteriores, é possível imaginar um jogo de linguagem transcendental composto por regras de prudência, de bem viver. Regras como “o entendimento deve sempre ser buscado com base na negociação livre” ou “entre duas formas de fazer algo, deve-se escolher a mais simples” se encaixam nesse tipo. Seria o jogo transcendental, nessa terceira hipótese, um conjunto de regras de prudência, e a comunidade ilimitada de comunicação seria o conjunto de experiências edificantes da humanidade.

O problema da terceira possibilidade é que, sendo formado por recomendações, o jogo de linguagem transcendental não teria poder corretivo. O projeto de transformação da filosofia precisa de regras obrigatórias -- algo impossível a partir de uma lista de conselhos.

Além dos problemas de cada uma das três hipóteses acima descritas, há outras duas dificuldades de ordem geral. A primeira é que Apel não esclarece se o jogo de linguagem transcendental é composto por regras de procedimento ou regras materiais. A linha que separa forma e conteúdo, quando existe, é tênue, mas para o projeto que ele propõe essa é importante se posicionar nessa questão. Mesmo se considerasse irrelevante a diferença entre forma e conteúdo, os motivos de sua

negação já ajudariam a formar uma imagem mais clara do jogo de linguagem transcendental e da comunidade ilimitada de comunicação.

Um outro problema, que é ainda mais sério que o último, é de ordem prática: quem vai levar esse projeto adiante? Parece impossível que uma assembleia de notáveis seja capaz de um código racional, e também parece difícil que, concorrendo com outras propostas filosóficas, a reduzida quantidade de pessoas que aceitarem o convite da pragmática transcendental cheguem a um denominador comum. Mesmo que uma boa quantidade de filósofos se convencessem de que toda a história da filosofia é carregada do engano solipsista, ainda assim são infinitas as filosofias possíveis a partir desse pressuposto. Como se não bastasse, não é possível jogar fora a história da filosofia. Como garantir que as falhas do passado não se repitam? Não há garantias.

c) Análise estética da pragmática transcendental

Fica claro pelas últimas páginas que considero a filosofia de Karl-Otto Apel carregada de problemas. É difícil, para alguém com formação empirista ou pragmatista, se sentir tentado por um projeto filosófico tão ambicioso como o do eminente autor alemão. Ele parte do pressuposto, muito germânico, de que a filosofia deve fundamentar toda atividade racional. Esse papel especial do filósofo é rejeitado não apenas pelos autores pragmatistas mais recentes, com Richard Rorty (1988) em destaque, mas também pelo pragmatismo clássico de William James e John Dewey. O ecletismo desses dois é irritante para um autor pertencente à tradição de Kant e Fichte, e a irritação é compreensível; não há culpados nisso, já que são distintas e racionais visões de mundo.

Por essa razão, talvez não seja um elogio a Apel quando afirmo, com apoio no pragmatismo clássico, que a maior contribuição da pragmática transcendental seja sua irracionalidade. Se foi dada tanta atenção à sua teoria até agora, não é pelos acertos do método transcendental, mas pelos exageros que ele expõe, captando dramaticamente as contradições da época.

A tese que será desenvolvida nas próximas partes é que, baseando-se no conceito de experiência estética de John Dewey, é possível defender uma

interpretação alternativa para as alegorias de Rawls e Dworkin sobre justiça e direito. A experiência deweyana não considera a irracionalidade um problema, pelo contrário: opor racionalidade e irracionalidade é não entender o papel do inconsciente, do instinto, na condução dos processos racionais. Ao tomar consciência do subsolo instintivo, o pensador tem uma ideia mais clara de como se comportam seus pensamentos articulados, aceitando as contradições da vida em movimento.

Apel tem o mérito de tomar consciência das contradições do seu tempo. A identificação dos problemas e a aspiração a uma instância crítica não fica distante da aspiração à dimensão estética trabalhada por Dewey. Assim como a experiência artística depende de um diálogo, através da obra, entre o artista e quem experimenta sua criação, o filósofo deve, ao fundamentar o conhecimento, ter consciência da dimensão crítica comunicativa. A profundidade da experiência artística, concentrada na apreciação da obra, é análoga à descoberta da urgência do problema do solipsismo: ambas recusam o dado imediato, e buscam um sentimento racional mais profundo que lhes traga satisfação. A intuição transcendental à qual Apel faz referência não é muito diferente da intuição estética de Dewey.

Quando Apel critica duramente as filosofias, bradando contra elas a acusação de solipsismo, ele o faz porque sente a necessidade de uma nova ordem. Para ele, o cenário simplesmente não está certo, e isso o motiva a construir desajeitadamente a pragmática transcendental. O tema comum a suas considerações críticas é a rachadura na filosofia do século XX e a urgência do problema ético. É constante seu convite à instância intersubjetiva, e o fato dele não descrever claramente o jogo de linguagem transcendental só reforça a impressão de que ele deseja a indefinição. Ele apela ao instinto, à experiência direta do leitor e à insatisfação com as filosofias disponíveis.

Seu estilo literário é outro elemento revelador. Não é construído um sistema de filosofia, mas é feito um passeio por questões filosóficas complexas para que o leitor, num árduo esforço mental, vivencie em primeira pessoa os problemas da filosofia. A filosofia de Apel é um convite ao engajamento em um projeto filosófico motivado pela urgência, e seu modo de convencimento é causar uma forte impressão no leitor, a partir de releituras de filosofias conhecidas. As releituras podem estar certas ou erradas, mas são sempre carregadas de sentimento. É um estilo literário adequado a uma convocação. Para isso contribuem expressões profundas como

“pragmática transcendental”, “comunidade ideal e ilimitada de comunicação” ou “autocontradição performativa”. Pode-se criticar o uso desses termos pomposos, mas tanto quanto se critica o uso de expressões como “véu da ignorância”, “justiça como equidade” ou “juiz Hércules”.

Nalguns pontos de sua exposição, Apel fala diretamente com o leitor, nos momentos mais inspirados de “A transformação da filosofia”. A certa altura ele chama de “princípio-esperança” a ideia de que é possível uma unidade transcendental e uma mediação historicamente arriscada entre teoria e práxis. (Apel, 2004, p. 458) Mais à frente, ele analisa a dificuldade de imaginar uma comunidade ideal de comunicação a partir da comunidade real, mas conclui que “a argumentação, em razão de sua estrutura transcendental, continua não tendo outra escolha senão a de estar frente a frente com essa situação *desesperada e desesperadora*” (Apel, 2004, p. 485, destaque meu). O sentimento de desespero leva a medidas drásticas, como propor a revolução na filosofia.

Para Apel, a situação é dramática, e é por isso que ele não se conforma com uma filosofia que apenas facilite o pensar, e exige uma reflexão filosófica que justifique o tribunal da razão. Para concordar com Apel não é preciso aceitar todo o caminho feito por ele em “A transformação da filosofia”. Basta aceitar a situação dramática que motiva a obra e o projeto de reconstrução transcendental do papel crítico da filosofia. Essas duas condições são suficientes para defender o engajamento como apelo moral fundado no “princípio-esperança”.

É possível cumprir a primeira condição, aceitando sem muita dificuldade a incerteza ética de nosso tempo. A dificuldade de uma ética universal em tempos de globalização e avanços técnicos consideráveis é um fato largamente aceito. Não é unânime, mas é plausível almejar novos fundamentos éticos.

Aceitar projeto filosófico da pragmática transcendental é mais difícil, especialmente quando se aceita a filosofia como literatura em vez de ciência primeira (Rorty, 1989). Essa é uma maneira de fugir às limitações da lógica cientificista sem traçar o tortuoso caminho da pragmática transcendental. É certo que nenhuma teoria valerá para todos, mas há maneiras menos complexas do que a teoria de Apel para superar os desafios da filosofia contemporânea.

Uma dessas formas menos complexas é o pragmatismo de John Dewey, mas ainda falta discutir outros assuntos. Antes de chegar a ele e à concepção estética de teorias da sociedade e da justiça, será vista agora a reação da filosofia jurídica à crise ética da pós-modernidade, fechando a primeira parte da tese.

2. H.L.A. Hart e a utilidade do positivismo jurídico formalista

É comum que o autor de uma obra acadêmica antecipe a reação do seu público, seja a favor ou contra o argumento que ele levanta. Como ato comunicação, a obra antecipa a existência de pessoas a que se dirige e, como o livro impresso não permite modificações quando já está publicado, o escritor tem de se antecipar às críticas, ainda mais quando são suas primeiras obras ou primeiras exposições de uma nova teoria. Não há garantias de que, desagradando-se da primeira versão de uma tese, o público terá a paciência de esperar a segunda versão; não há nem mesmo garantias de que o leitor chegará ao fim da primeira. Isso não é exclusivo da época da revolução digital; a impaciência é mais antiga do que a filosofia.

Quanto mais talentoso o autor, mais eficientemente ele antecipa as críticas, e, conseqüentemente, mais sutis são os argumentos que se podem levantar contra ele. H.L.A. Hart é um desses raros talentos que, como Hans Kelsen, não dão muito espaço para uma crítica direta, pois não se encontram na sua obra equívocos superficiais ou evidentes. As críticas com sentido geralmente são observações sutis sobre metodologia, pressupostos filosóficos ou a interpretação de algum tópico específico da doutrina. É difícil acusar Kelsen de não compreender Kant ou Hart de conceber erroneamente a linguagem, ou afirmar que algum dos dois tenha mergulhado na teoria e esquecido a prática do direito. Um usuário de frases feitas não terá muito sucesso contra autores desse porte.

O positivismo jurídico formalista é um dos grandes alvos das teorias do direito a partir da segunda metade do século XX, geralmente associado com metafísica, dogmatismo, despotismo, insensibilidade históricas e termos semelhantes. É complexo definir se um autor é positivista ou formalista, uma vez que essa qualificação geralmente é negativa e dirigida aos outros. Palavras como formalismo e positivismo geralmente são usadas como mísseis em debates acadêmicos, e variam de significado de acordo com o autor-alvo. É possível falar em instâncias do positivismo ou instâncias do formalismo jurídico, mas não há muitos denominadores comuns. Um dos mais frequentes, mas nada unânime, é a separação entre direito e moral. Abaixo, será vista a posição de Hart sobre o assunto, antecedida por uma crítica recente, de Frederic Kellogg, inspirada no pragmatismo clássico. Por se tratar de um autor que antecipa competentemente seus críticos, o estudo de Hart é útil para mostrar que a

posição positivista talvez seja compatível com críticas pós-modernas como as do pragmatismo clássico. Se for assim, a crise da modernidade não seria tão séria, uma vez que o rejeitado paradigma positivista seria compatível com os "novos" problemas.

2.1 O formalismo positivista de Hart

Dizem os autores antipositivistas que o formalismo erra porque o direito é tão ligado à natureza humana que é impossível separá-lo dos aspectos morais, econômicos ou políticos. A tentativa de isolar o direito estaria fadada ao fracasso, já que se fundamentaria em pressupostos metafísicos que não mais teriam lugar com o avanço das concepções filosóficas e a sociedade complexa contemporânea. Abandonar a separação entre direito e moral seria necessário, ainda segundo os antipositivistas, para a necessária superação do tecnicismo que aprisiona as ciências humanas e ignora sua dimensão ética.

Ronald Dworkin, que combate o positivismo formalista, fez longas considerações críticas sobre o trabalho de Hart em suas primeiras obras de repercussão (Dworkin, 2003; 2007). Um dos principais problemas constatados por ele foi a exclusão dos valores morais do conceito de direito: Hart vincula demais o jurista à vontade do Estado, e Dworkin vê o juiz como um agente democrático cuja função é confirmar em âmbito judicial os valores sociais. A missão do jurista é também política, e para cumpri-la é necessário se libertar da técnica e refletir criticamente sobre valores jurídicos e morais. A semelhança com a pragmática transcendental não é coincidência, inclusive no uso de slogans: “agulhão semântico” (*semantic sting*) é um dos termos impactantes utilizados para explicar submissão do intérprete aos ditames do positivismo e a separação entre direito e moral.

Na presente análise, define-se positivismo ou formalismo como a tendência a delimitar a realidade jurídica, diferenciando-a da moral e criando uma técnica própria de interpretação e aplicação das normas de direito. Boa parcela das críticas dirigidas ao formalismo jurídico sustenta a tese de que não é possível separar direito e moral, tampouco identificar uma técnica diferenciada de interpretação e aplicação da norma jurídica. Diriam os críticos do formalismo que a realidade social em que o direito se insere é complexa o suficiente para não ser apreendida por um método racional-

dedutivo, e que à norma jurídica devem ser incorporados outros elementos, como a moral, a política, a arte, a filosofia etc.

O pragmatismo, inimigo dos dualismos ontológicos, também se recusa a separar direito e moral. Um dos primeiros nomes do pragmatismo, e o primeiro a aplicar as ideias pragmatistas ao direito, Oliver Wendell Holmes Jr., trabalhou no fim do século XIX e início do século XX a separação entre direito e moral. Em um conhecido ensaio chamado “The path of the law”, sedimentou sua reputação como um dos mais radicais realistas jurídicos, ofuscando aspectos mais condescendentes de seu pensamento. Embora aparentemente ele dê total importância ao momento da decisão judicial e aos juízes, sendo um realista com todas as forças, em outros ele teme bastante a o poder dos juízes e pede cautela na hora da decisão. Para ele, casos difíceis criam direito ruim, pois uma decisão precisa de tempo para amadurecer até que possa ser generalizada para casos semelhantes. Tal opinião indica que ele nem sempre defende a ideia, tão cara ao realismo radical, de que direito é aquilo que os juízes declaram. O conceito de direito de Holmes é mais sutil, e leva em consideração aspectos antropológicos e históricos. Classificá-lo como realista jurídico não é tão simples. Há um lado, realista, que defende a separação entre direito e moral e define o direito como aquilo que dizem os juristas. Há um outro lado, pragmatista, que defende o direito como instrumento de investigação social, dando-lhe um caráter mais maleável e dependente das transformações sociais.

A primeira parte da análise que segue corresponde à interpretação pragmatista do direito feita pelo professor Frederic Kellogg (2006; 2010). O pragmatismo dele, inspirado em Holmes, acusa o positivista de três erros básicos. O primeiro é adotar uma postura historicamente condicionada a ver o direito como imposição da autoridade, ignorando que o conflito social em todos os níveis é a fonte material das normas. O segundo erro, derivado do primeiro, é a separação entre direito e moral, ou a ideia de que o direito pode ser separado das outras normas sociais que o influenciam. O terceiro atua no âmbito da interpretação jurídica: o modelo positivista separa em dois campos distintos os casos fáceis e os casos difíceis, num dualismo em que considera, nos casos fáceis, a total vinculação do intérprete ao texto da lei e, nos casos difíceis, a total liberdade do intérprete para criar direito novo.

A segunda parte é dedicada à análise da posição positivista de Hart, escrita por ele cinco décadas antes da crítica pragmatista de Kellogg. Os argumentos levantados pelo pragmatismo se assemelham aos que Hart já vinha enfrentando no debate com Lon Fuller. Ao que tudo indica, Hart já era consciente de muitas das críticas ainda hoje levantadas contra o juspositivismo, e sua teoria já as havia absorvido sem negar a separação entre direito e moral.

2.2 A crítica pragmatista

Definindo forma bastante simplificada, o pragmatismo é uma corrente filosófica originada nos Estados Unidos do século XIX a partir de um grupo heterogêneo de pensadores intitulado Clube Metafísico de Boston. Apesar do nome, a linha de pensamento que unia o grupo era contra a metafísica: inspirados pelo empirismo anglo-saxão, levaram para além das ciências empíricas a ideia de falibilismo, estabelecendo a verdade como crença que acalma uma dúvida. A dúvida, para o pragmatismo, é o elemento inicial de uma investigação científica, que desperta o interesse do pesquisador, pois ao permanecer nela há incômodo e insegurança. A investigação leva à formulação de hipóteses que, se confirmadas, dão ao investigador uma crença, que aplaca a angústia da dúvida. A crença é um estado de espírito pacífico, mas não permanente, pois a capacidade de observação e análise é sempre limitada; novas observações ou interpretações podem transformar a recém adquirida crença em uma nova dúvida que pede novas investigações para que se encontre uma nova crença, que trará paz de espírito, mas não poderá ser considerada definitiva.

O método de tentativa e erro e a introdução de elementos psicológicos na investigação científica não são exatamente novos, e ideias semelhantes podem ser encontradas em outras épocas e contextos, como em Hume (2004) ou Popper (1998). Inovadoras no pragmatismo não são as consequências epistemológicas de tais discussões, mas sim o espírito em grande medida despreocupado com prestar contas à tradição filosófica europeia. O que ele propõe nada mais é do que uma nova forma de cuidar de antigos problemas, desafiando as divisões da filosofia tradicional. Um pragmatista não está preocupado em identificar se um problema pertence ao campo ontologia ou epistemologia, por exemplo.

Outra característica importante do pragmatismo, ligado à heterogeneidade do grupo de pensadores que o compunha, é a diversidade de problemas com os quais se ocupa. Teologia, psicologia, pedagogia, direito, entre outros, constituem objetos de estudo pragmatista. No direito, o pioneiro é Oliver Holmes Jr., jurista e membro da Suprema Corte norte-americana no início do século XX. Como dito antes, há alguns elementos de sua teoria que o afastam do estereótipo de realista radical. Suas preocupações com a ordem de uma maneira geral e, principalmente, sua visão do juiz dos casos difíceis como um investigador ponderado, fazem-no merecer uma análise mais cuidadosa. Ao lado do realista que disse que tudo que interessa ao advogado é prever como os juízes irão decidir (em “The path of the law”), há um analista social que se preocupa com o abuso de poder nos processos judiciais, além de um historiador que via no direito um instrumento para compreender a evolução cultural dos povos (Kellogg, 2006).

É controversa na doutrina a filiação filosófica de Holmes ao pragmatismo, até porque ele nunca se preocupou em declarar abertamente suas influências. Para estabelecê-lo como pragmatista, sigo aqui a interpretação feita por Frederic Kellogg num texto intitulado “Hobbes, Holmes and Dewey: Pragmatism and the problem of order” (Kellogg, 2010), baseada tanto na sua biografia como em sua atitude metodológica.

Kellogg, inspirando-se no pragmatismo de Holmes, discute direito e moral opondo duas concepções de direito: uma, analítica ou positivista, que vê o direito como algo de fora, que age sobre a sociedade sem ser afetado por ela. Ele chama essa primeira visão de exógena. A segunda, à qual se filia Holmes, é a endógena: dinâmica, não só permite como considera fundamental que seja ignorada a distinção entre regras jurídicas e as outras normas vigentes na sociedade. Nas palavras do autor:

Neste ensaio procuro um conceito de ordem notavelmente dinâmico e transitório, implícito no pragmatismo clássico, ao invés de uma visão analítica baseada numa imagem estática. Fundamental a essa discussão é a reação de Oliver Wendell Holmes Jr. ao conflito social, muito diferente da de Thomas Hobbes. (Kellogg, 2010, p. 3)⁹

⁹ In this paper I will pursue the vision of a distinctly dynamic and transitional concept of order implicit in classical pragmatism, rather than an analytical vision grounded in a fixed cognitive image. Central to

Quem mais representa a visão analítica do direito é Thomas Hobbes (2004), e é em oposição às ideias deste autor que serão traçadas as linhas principais de uma teoria da interpretação pragmatista. Hobbes, no século XVII, se preocupava com a ordem, como Holmes se preocupou, no fim do século XIX e início do século XX. Cada um, no entanto, lida com o problema de uma maneira:

[O naturalismo radical de Holmes] explora, como um aspecto do pragmatismo, o problema da ordem como o de perceber e reconciliar o constante conflito, o qual tanto Hobbes quanto Holmes consideraram central em suas várias acepções: militar, política, moral e intelectual. A diferença entre eles é que Hobbes solucionou o problema através da autoridade, enquanto Holmes o fez através da investigação e do ajuste. (Kellogg, 2010, p. 5)¹⁰

Investigação e ajuste é a atitude de Holmes, e não a submissão a uma vontade soberana. Para ele, o juiz que tem o ônus de se deparar com os casos difíceis pela primeira vez deve trabalhar como um investigador. O seu papel não é obedecer pura e simplesmente os cânones de interpretação já estabelecidos, nem seguir uma opinião considerada oficial. Seguir a tradição também não é seu papel, uma vez que as tradições estão em contínua transformação e apresentam contradições internas. O difícil trabalho do juiz pragmatista é ajustar os antagonismos e aprender com a experiência, pois assim decidirá com mais convicção e acerto casos futuros semelhantes. As soluções jurídicas são sempre falíveis, já que a realidade social é complexa demais para permitir soluções preconcebidas ou definitivas. A atividade do juiz pragmatista é experimental.

A visão do pragmatismo de Holmes, cujo principal pressuposto é a profunda conexão entre direito e moral, manifesta-se a partir de três abordagens, segundo Kellogg: histórica, ontológica e prática.

A abordagem histórica consiste na substituição do modelo exógeno pelo modelo endógeno de interpretação do direito. Esse modelo defende que o sistema de normas jurídicas está no mesmo nível da sociedade que o regula, logo, o sistema influencia a sociedade na mesma proporção em que é influenciado por ela.

this theme is the very different response to human conflict of Oliver Wendell Holmes, Jr., from that of Thomas Hobbes.

¹⁰[Holmes' radical naturalism] does this by exploring, as an aspect of pragmatism, the problem of order as one of addressing and reconciling perennial conflict, which both Hobbes and Holmes made central in all its forms: military, political, moral, and intellectual. The difference between them is that Hobbes resolved the problem through authority, while Holmes does so through inquiry and adjustment.

O conflito e a dúvida constituem o ponto de partida da visão pragmática de Holmes. Essa dúvida não é a de um cientista natural distante de seu objeto, mas de um investigador social, o juiz, que tem a responsabilidade de manter a sociedade em ordem usando sua prudência. Uma frase famosa do autor, e que revela muito de seu pensamento, é “a vida do direito não é a lógica, mas a experiência”. O instinto é um importante aliado do jurista. Ele era simpático à ideia de que o caso fosse decidido primeiro, para só depois se descobrir o motivo da decisão. Isso é um pensamento arriscado, mas é um risco controlado, pois o julgador só pode agir de acordo com suas convicções, e estas estão sintonizadas com os valores da sociedade à qual pertence. O que faz Holmes confiar no instinto do julgador é sua profunda crença de que o direito é uma arte da descoberta, que não acontece senão através da prudência daquele que julga.

Enquanto a abordagem histórica trata de uma visão geral de sociedade e da ordem política, a ontológica critica que se separem categoricamente direito e moral. Ela vai de encontro à visão de que o direito possui uma realidade independente. O jurista não pode negar, de antemão, a influência de elementos que estejam fora de determinadas delimitações epistemológicas. Tudo que é humano interessa ao direito, e as influências devem estar presentes com toda força na hora de decidir um caso difícil. A criação de categorias isoladas dificulta a integração entre os elementos teóricos à disposição, o que diminui as possibilidades. Por diminuir as opções de argumentação, um conceito de direito excludente é rejeitado por uma visão pluralista como a pragmática.

A abordagem ontológica, a segunda, critica a indeterminação nos casos difíceis. Como consequência de se separar claramente o direito das outras normas sociais, estabelece-se um dualismo cuja única atitude diante de um caso que não é claramente regulado pelas normas estabelecidas é a indiferença – coisa que o pragmatismo combate. Segundo o positivismo, além do campo determinado pelo direito não há lei, logo, não é possível censurar decisão alguma nos casos difíceis. O modelo exógeno não conhece possibilidades fora de seu sistema de regras. A visão pragmatista, que adota o modelo endógeno, vê continuidade entre casos fáceis e casos difíceis; se houver diferença entre eles, é uma diferença de grau, não de tipo. A

interpretação do direito não adquire outra natureza na passagem dos casos fáceis para os casos difíceis.

A abordagem prática, a terceira, ao desafiar a distinção entre casos fáceis e difíceis, o alvo principal é o positivismo de Hart. Para este, a distinção é importante, pois interpretação da lei nos casos fáceis não permitiria a participação criativa do intérprete. O papel do intérprete nos é quase sempre passivo: consiste em identificar o caso concreto e verificar se tal caso se enquadra ou não na hipótese normativa. Uma vez que se enquadre, deve haver a consequência prevista na lei, sem maiores problemas. Nos casos difíceis, que são raros, o intérprete participa criativamente porque é obrigado a buscar nas fontes extralegais a solução para o caso dado. Neles, a interpretação não é clara e o intérprete entra na chamada zona de penumbra. Quando isso acontece, a solução só vem à luz na criação de direito novo; nos casos difíceis, por necessidade, a discricionariedade judicial é permitida.

Nesse modelo, o direito seria um campo fechado dentro do qual não haveria interpretação criativa, logo, em casos excepcionais, em que a abertura é necessária, seria preciso recorrer a algo fora do direito para que seja dada solução. Mas essa criação do direito, apesar de provocada pelo sistema, não é regida pelas regras do sistema; o direito novo é um elemento estranho com o qual o sistema jurídico é forçado a conviver. O ideal seria não se recorrer a elementos estranhos à técnica jurídica, mas a natureza aberta da linguagem impede o direito de possuir essa pureza metodológica.

Para a versão pragmatista da interpretação, os casos difíceis podem criar direito novo, mas o julgamento deles não é livre como a atividade de um legislador. No modelo endógeno, o intérprete é responsável por sua decisão perante a sociedade. A investigação constante ajustará as decisões até que se tenha um entendimento passível de generalização. Os casos difíceis não são uma impureza metodológica, mas um desafio para que as concepções jurídicas sejam levadas ao limite e se renovem para abranger as novas situações.¹¹ Outro ponto importante é que não há um método geral para casos difíceis, pois há graus e fontes diferentes de dificuldade. Cada caso

¹¹ Nessa linha de raciocínio, também seria errado declarar uma solução genérica para os casos difíceis (valores morais, princípios constitucionais, direitos humanos, análise econômica etc.). Cada caso difícil, por definição, apresenta elementos novos e necessidades particulares.

deve ser analisado individualmente, e a forma de resolver um pode não ser adequada a outros. O contexto determina o método de interpretação.

Em suma, a interpretação pragmatista do direito declara:

a) O modelo endógeno, contraposto ao modelo exógeno de interpretação jurídica, é o mais adequado à concepção filosófica do direito: o direito serve à sociedade, e não pode ignorar nada que seja humano.

b) Não é possível traçar um limite entre o direito e a moral, ou qualquer outro conjunto de normas socialmente relevantes, portanto, não há um método de interpretação próprio do direito e estranho às demais esferas normativas.

c) A doutrina positivista que separa direito e moral se equivoca quando considera elemento estranho a discricionariedade judicial ou propõe soluções genéricas para os casos difíceis. Não faz sentido haver dois tipos de interpretação, sendo uma para os casos fáceis e outra para os casos difíceis.

Essas críticas ao positivismo de Hart e das ideias decorrentes da discussão que ele levantou foram debatidas sob vários ângulos por autores de diferentes tendências. A sociologia jurídica pressupõe um modelo endógeno em vários momentos, como quando reconhece a existência de fontes não-oficiais de poder jurídico (Neves, 2008). O limite entre o direito e a moral remete à discussão que travaram o próprio Hart e Lon Fuller, em meados do século XX (Fuller, 1958). O terceiro ponto, sobre liberdade de decisão nos casos difíceis, é objeto de estudo de Dworkin (2003), com o juiz Hércules e a tese da resposta correta. O que Kellogg fez foi, a partir da discussão sobre separar direito e moral, apresentar uma série de recorrentes críticas ao juspositivismo.

Hart possui um artigo, publicado pela primeira vez em 1958, que antecipa críticas antipositivistas como as de Kellogg e mostra a importância de insistir numa separação entre direito e moral. Se, mesmo conhecendo os argumentos contrários, o autor insiste na importância da separação, isso é um sinal que sua tese repousa sobre argumentos mais sutis, o que abre, mais adiante, a possibilidade de uma interpretação pragmática do formalismo, como se seus conceitos dogmáticos fossem apenas instrumentos metafóricos. (Castro Jr., 2010)

2.3 O positivismo de Hart

No artigo "Positivism and the separation of law and morals" (1983), Hart defende sua filosofia do direito de um conjunto de acusações feitas a ele na metade do século XX. Logo no início, o autor deixa claro o ponto principal da discussão:

Vozes contemporâneas nos dizem que devemos reconhecer algo obscurecido pelos "positivistas" jurídicos cujos dias ficaram para trás: que existe um "ponto de interseção entre direito e moral", ou que o que é e o que deve ser estão de alguma forma indissolivelmente mesclados ou inseparáveis, muito embora os positivistas neguem isso. (Hart, 1983, p. 49-50)¹²

O ponto central da batalha intelectual, como o próprio autor denomina, é a separação entre direito e moral. Esse pecado grave dos formalistas teria duas consequências importantes, de acordo com os críticos do modelo positivista. A primeira delas seria impedir os homens de compreenderem corretamente a natureza do direito e suas raízes na vida social. A segunda, acalmar o espírito crítico do filósofo do direito: uma vez que o positivismo prega um apego aos aspectos lógicos do raciocínio jurídico, a atividade do intérprete se tornaria mecânica e incapaz de questionar os pressupostos (políticos, morais) das decisões. Sob a influência do positivismo, o juiz seria apenas a boca que pronuncia os termos da lei.

Curioso o fato de que Hart declarar, no início do artigo, ter se inspirado em um grande jurista: Oliver Wendell Holmes Jr. Embora não seja aqui objeto de análise, é revelador o fato de que Holmes seja trazido por Hart para sustentar sua tese, e por Kellogg contra essa mesma tese.

De toda sorte, a discussão central de Hart não envolve o pragmatismo de Holmes, mas sim o utilitarismo de dois autores clássicos, defensores da separação entre direito e moral: Jeremy Bentham e John Austin. O autor lembra que, ao contrário do que dizem os acusadores, a separação entre defendida por eles não leva nem à má compreensão da mecânica social, muito menos à inércia política, uma vez que está na biografia dos dois utilitaristas a defesa de valores iluministas como a liberdade de expressão, isonomia, direitos políticos etc. A história prova que o

¹²Contemporary voices tell us we must recognize something obscured by the legal "positivists" whose day is now over: that there is a "point of intersection between law and morals," or that what is and what ought to be are somehow indissolubly fused or inseparable, though the positivists denied it.

utilitarismo não é uma doutrina conservadora, o que Bentham corrobora ao afirmar que a boa receita para a vida seria obedecer rigorosamente às leis para poder censurá-las livremente. É até mesmo possível, para Bentham, resistir a uma lei, se ela for frontalmente contrária à consciência de justiça e liberdade, ou seja, é não apenas possível como necessário resistir a uma lei com base numa concepção de justiça. Não obstante, uma lei injusta ainda assim seria lei, o que traz também o dever de respeitá-la independentemente da injustiça que carregue.

Posto assim, o pensamento utilitarista é contraditório. Ao mesmo tempo que exige obediência à lei do Estado e diz que o direito não se confunde com valores morais, fala em um direito de resistência quando uma ordem for insuportavelmente contrária a valores importantes. Além disso, tanto Austin como Bentham aceitam a influência histórica dos valores morais na formação do direito, e a dificuldade em traçar uma linha clara que separe os âmbitos moral e jurídico. Como combinar essas ideias aparentemente incompatíveis? Para Hart, é bastante simples.

O que tanto Bentham quanto Austin ansiavam em dizer eram as duas simples coisas a seguir: primeiro, na ausência de uma expressa disposição constitucional ou legal, não se segue do mero fato de que uma lei violou padrões de moralidade que essa lei não seja uma regra de direito; e, inversamente, não se segue do mero fato de que uma regra é moralmente desejável que ela seja uma regra de direito. (Hart, 1983, p. 55)¹³

Compreendidos os objetivos, tudo fica mais claro. Não é por ser imoral que uma norma não é direito. Não é por ser moral que uma norma é direito. As posições de obediência e resistência, de seguir a lei e criticá-la, de separar direito e moral (mas compreendendo a influência recíproca), todas aparentemente contraditórias, são conciliáveis se tivermos em mente que uma lei imoral também é lei oficial, e deve ser respeitada enquanto tal, independente da (i)moralidade que possua. Os utilitaristas não pressupõem que deve haver apenas um sistema de normas, ou que os dois sistemas de normas conflitantes (moral e direito) devem se unir num sistema de normas híbrido e coerente.

¹³What both Bentham and Austin were anxious to assert were the following two simple things: first, in the absence of an expressed constitutional or legal provision, it could not follow from the mere fact that a rule violated standards of morality that it was not a rule of law; and, conversely, it could not follow from the mere fact that a rule was morally desirable that it was a rule of law.

O caráter ontológico do direito ou da moral não tira o sono dos utilitaristas. Eles não crêem que, para compreender os papéis do direito e da moral, seja necessário descobrir a natureza comum ou avaliar o grau de influência recíproca, ou mesmo definir qual sistema de normas deve prevalecer em caso de conflito. É delicado saber até que ponto se deve obedecer a uma lei injusta, e a hesitação dos utilitaristas em declarar uma solução geral para os casos de conflito explicita a dificuldade da questão.

Assim, o utilitarismo distingue direito e moral, enfatizando que a injustiça de uma lei não é razão suficiente para desobedecer a ela mas, em casos de profundo desrespeito a valores importantes, é necessário desobedecer à autoridade oficial.

Para Hart, existem dois motivos para insistir na distinção entre direito e moral. O primeiro, evitar a posição reacionária de que a lei do Estado é sempre boa porque é do Estado. O segundo, evitar a crítica desenfreada, para a qual qualquer lei que se desvie da versão idealizada não deve ser obedecida. Nem a posição reacionária nem seu oposto são convenientes, pois ambas recusam o diálogo. Para essa vertente política do utilitarismo com a qual o autor concorda, a crítica ampla é a única forma de manter o equilíbrio entre ordem e desordem. A separação entre direito e moral, portanto, não vem da intenção positivista de que todos sejam obedientes à vontade do rei, mas justamente do contrário: só conhecendo melhor a lei (ou seja, distinguindo-a da moral) é possível criticá-la eficientemente.

Definir o direito a partir da lei estatal, recusando as fontes extraoficiais, não leva obrigatoriamente ao fetichismo dogmático. Por exemplo, um traço importante do positivismo de Austin é a atenção dada à definição das categorias trabalhadas, e isso o leva muitas vezes a se apegar demasiadamente à tarefa de definir. Talvez por isso tenham surgido acusações de que o pensamento positivista prega uma interpretação mecânica da norma jurídica, num apego excessivo à lógica, à definição correta. Nesse ponto os críticos têm sua dose de razão, mas há o outro lado da moeda. O trabalho de lapidação intelectual, que muitas vezes se mostra entediante e detalhista, não necessariamente significa excessivo apego às categorias formuladas. Um planejamento bem feito, em qualquer área, é economia de tempo, e não desperdício. Trabalhar com cuidado o aspecto lógico não significa que o trabalho se resuma a isso ou mesmo que essa seja sua característica mais importante.

Ainda assim, o raciocínio jurídico mecânico, consequência do fetichismo em relação à norma, é um dos pontos mais criticados do juspositivismo. Para Hart, entretanto, quando se criticam as decisões mecânicas, isso não se faz por elas serem repetitivas ou diminuírem o trabalho intelectual do juiz, mas por serem conservadoras. Os críticos do positivismo não atacam o mecanicismo quando os resultados são progressistas, ou quando a justiça no caso concreto é alcançada, mesmo quando esses casos são classificados como casos difíceis – onde, presume-se, a decisão mecânica não é apropriada. No caso concreto, não há nenhuma garantia de que uma decisão mecânica seja menos adequada, como não há garantia de que uma decisão baseada em valores morais seja mais adequada.

Sobre a importância da lógica na decisão jurídica, Hart faz uma observação esclarecedora.

Mas como somente por ser um formalista um juiz faria uso excessivo da lógica? Está claro que a essência desse erro é dar a um termo geral uma interpretação que é cega para os valores e consequências sociais (ou que seja de alguma outra maneira estúpido ou simplesmente rejeitado pelos críticos). Mas a lógica não prescreve interpretação de termos; ela não determina nem a estupidez nem a inteligência de interpretação alguma. A lógica somente diz a você hipoteticamente que, se você der a um termo uma determinada interpretação, então uma determinada conclusão seguirá. A lógica silencia sobre como qualificar casos concretos -- e *esse* é o núcleo da decisão judicial. (Hart, 1983, p. 67)¹⁴

Ponto crucial da decisão jurídica é escolher as premissas, e isso lógica alguma determina. O que a lógica diz é que a partir de determinadas premissas é possível um número limitado de conclusões, mas isso é muito pouco no contexto complexo da decisão judicial. No trecho que segue a citação acima, é claro para Hart que a escolha das premissas condiciona o resultado da decisão, e que a escolha é muitas vezes arbitrária. Pode-se até criticar uma decisão pela fraqueza, imoralidade ou ilegalidade de suas premissas, mas se a conclusão segue delas, a exigência lógica estará satisfeita. Dos limites da lógica e da linguagem o positivismo de Hart é

¹⁴But just how in being a formalist does a judge make an excessive use of logic? It is clear that the essence of his error is to give some general term an interpretation which is blind to social values and consequences (or which is in some other way stupid or perhaps merely disliked by critics). But logic does not prescribe interpretation of terms; it dictates neither the stupid nor intelligent interpretation of any expression. Logic only tells you hypothetically that if you give a certain term a certain interpretation then a certain conclusion follows. Logic is silent on how to classify particulars-and this is the heart of a judicial decision.

planamente consciente, e por isso mesmo seu conceito de direito não é meramente linguístico ou lógico-dedutivo.

Consciente dos limites da lógica, Hart aceitou a textura aberta da linguagem, um dos elementos mais conhecidos de sua obra (Struchiner, 2002). Segundo essa ideia, as limitações naturais da linguagem impedem que o texto da lei seja fonte exclusiva de juridicidade. Dworkin (2007) observa que, quando falha a linguagem da lei, é preciso que princípios morais entrem no campo do direito. Esta seria a única forma de, na ausência de um claro dispositivo legal, vincular o entendimento do juiz aos fins sociais. Enquanto Hart até aceita a possibilidade de que valores fora do direito venham o auxiliar nos casos difíceis, Dworkin afirma que esses valores são imanentes à juridicidade, dada a natureza moral do sistema jurídico. (Leiter, 2003)

Para o autor, é bizantino discutir se o juiz cria ou apenas descobre o direito quando a lei é omissa, pois a vinculação é um fenômeno psicológico. O sentimento de liberdade do intérprete não altera a natureza da decisão ou a estrutura de seu raciocínio. Hart, inclusive, aceitou as críticas de Dworkin num pós-escrito de "O conceito de direito", admitindo que sim, talvez a discricionariedade nos casos difíceis não seja absoluta. (Hart, 2005) Uma das razões dele ter aceitado a ideia de que não existe liberdade absoluta do julgador é que ela não altera em nada os principais pontos de sua teoria.

O autor até admite que valores são importantes para resolver os casos nos quais a lei for omissa ou obscura, mas nem sempre esses serão valores morais; podem ser, por exemplo, valores científicos ou de conveniência política. Uma decisão jurídica correta ou incorreta é julgada por seus próprios méritos, e não depende da aprovação por algum código de conduta externo. Além disso, valores morais variam muito; o que é imoral para uma pessoa pode ser moral para outra. Se há um valor que deve ser seguido sempre pelo jurista, este é a utilidade (no sentido utilitarista), que é abrangente e mantém uma distância segura do jusnaturalismo.

Pelo visto até agora, é possível organizar as hipotéticas respostas de Hart às críticas pragmatistas de Kellogg. Sua resposta à terceira crítica é particularmente interessante.

Sobre o primeiro problema, histórico, Hart à primeira vista defende um modelo exógeno, visto que se posiciona ao lado de Austin e Bentham que, se não vinculavam o direito à vontade de um soberano, sim o vinculam ao princípio de utilidade, o que não deixa de ser o condicionamento do direito a fatores externos. Porém, um olhar mais cuidadoso revela que, para Hart, o princípio da utilidade tem função política; ele não afirma que em todos os casos difíceis um cálculo utilitário dará a resposta correta. Além disso, boa parte da discussão em “O conceito de direito” se refere à rejeição da ideia de lei como comando, de Austin, em favor do direito como um hábito de obediência fundamentado em noções formais e formalistas: regras primárias, regras secundárias, regra de reconhecimento.

Ele pode até não defender uma interpretação mecânica da lei, mas acredita no direito como um sistema, com uma estrutura interna irrenunciável. Ainda que admita a influência de fatores históricos, o autor não dá muita atenção a eles, mas à estrutura estável e independente do sistema jurídico. Se ele aceita algo da visão pragmatista, não é suficiente para concordar com Kellogg neste primeiro ponto.

Sobre o segundo ponto de vista, ontológico, o autor defende que o utilitarismo de Bentham e Austin separa direito e moral não para os manter afastados, mas para permitir a correta compreensão de cada um. Sua visão do direito é formalista, mas combinada com uma visão política libertária (pelo menos da boca pra fora). A separação entre direito e moral não é filosófica, mas ocorre no âmbito prático: não se pode desobedecer a uma lei por ela contrariar uma noção particular de justiça, como não se pode dizer que uma lei moral deve ter validade jurídica por ser considerada justa. A distinção é prática porque tem como pedra de toque os limites da desobediência civil, e não a relação ontológica entre os sistemas de direito e moral. Separar direito e moral é sobretudo uma decisão política e, segundo o autor, libertária.

Portanto, as considerações sobre Bentham, Austin e a função do utilitarismo respondem às duas primeiras críticas com teses plausíveis. Pode-se discordar da posição positivista de Hart, mas os argumentos são coerentes. Essa coerência já não é tão evidente em relação à terceira crítica, que corresponde à última parte do seu artigo, em que ele discute o problema da criação ou descoberta do direito pelo juiz e o sentimento de vinculação.

A terceira crítica pragmática rejeita a separação entre casos fáceis e casos difíceis, afirmando ser o direito um sistema dinâmico que combina valores morais, lógicos, legais etc. Aqui, se esquivar das críticas seria mais difícil para Hart, uma vez que para ele o conceito de casos difíceis é fundamental, mesmo que o problema da vinculação não o ocupe tanto. Ele não se preocupa em expor o que entende sobre a moral, apenas rejeitando a ideia de um consenso moral e de um método para a interpretação do direito a partir dos argumentos morais. Para ele, a moral é um argumento como qualquer outro; ao desconsiderar a diferença da moral para os argumentos utilitaristas, políticos, filosóficos ou científicos, Hart estabelece um grupo de argumentos secundários sobre os quais não vale a pena se deter. Ao se preocupar apenas com as insuficiências das teses de um direito além do direito, o autor apenas indiretamente esclarece sua teoria sobre o assunto, e é provável que ele não considere o assunto digno de uma teoria. Ele absorve as duas primeiras críticas de Kellogg, mesmo com algumas ressalvas, mas quanto à terceira crítica as diferenças aparecem.

A diferença mais visível, e inconciliável, é o papel dos casos difíceis. Para o pragmatismo, representa a possibilidade de rever aspectos básicos do direito, num contínuo aprimoramento até encontrar uma solução equilibrada. Para Hart, os casos difíceis são excepcionais, sendo a decisão discricionária incapaz de abalar a estabilidade dos conceitos jurídicos estabelecidos.

Conclui-se que Hart tem uma visão formalista que adere à ideia de que de um lado está o direito e do outro lado as outras regras sociais e, mesmo admitindo uma influência destas sobre o direito, essa influência é fraca ou amorfa o suficiente para não merecer considerações mais sérias. Ele aceita a conexão entre direito e moral porque é impossível negar uma total separação. Além disso, se além à divisão funcional entre direito e moral, mesmo apresentando apenas argumentos políticos a favor dela. Sua teoria se sai bem do embate, mas Hart faz isso evitando as questões filosóficas mais densas.

A favor do autor, pode-se dizer que a razão para ele não entrar nessas polêmicas é evitar discussões metafísicas, meramente verbais. Segundo ele, não é necessário se perguntar pelo fundamento filosófico da separação entre direito e moral, pois os juristas, pela experiência, saberão quando é necessário um argumento tipicamente jurídico, e quando é necessária uma abordagem menos ortodoxa do

problema jurídico. A teoria dá apenas uma visão geral, alguns instrumentos teóricos que não decidem pelo jurista; o que decide pelo jurista é sua experiência. (“A história do direito não é a lógica, mas a experiência”, diria Holmes.)

Ainda assim, remeter à experiência dos juristas a resolução de questões complexas não é mais seguro do que remeter aos valores morais, à política ou à lógica. Ao não explicar em que consiste essa separação evidente, Hart carrega sua teoria de imprecisões, talvez tão graves quanto as denunciadas por ele contra os críticos do formalismo. Pelo menos quanto à lógica, não há diferença entre formalismo e antiformalismo; tanto um quanto outro encontra dificuldades para definir o método de interpretação. Um antiformalista, pela quantidade de temas que precisa cobrir para explicar a lógica das ciências humanas; um formalista, pelo reconhecimento de que, ao reduzir a quantidade de fatores determinantes, é incapaz de explicar só a partir deles a complexidade da interpretação.

A incapacidade aparece no trecho final do artigo, quando Hart reconhece que discricionariedade e vinculação não se excluem, ou seja, sempre ocorrem, ao mesmo tempo, vinculação e discricionariedade. Assim, todo caso teria uma parte fácil e uma parte difícil, uma parte de descoberta e uma parte de incorporação de elementos inusitados. Essa não é uma conclusão trivial; é como se ele desistisse da separação entre casos fáceis e difíceis, ou pelo menos assumisse a dificuldade de convencer o leitor sobre esse importante elemento de sua tese. Ou, pelo contrário, estaria ele reforçando ambigualmente a sua ideia de que não vale a pena discutir sobre vinculação e discricionariedade, uma vez que ambas estão sempre presentes? Haveria algum critério objetivo para classificar um caso como fácil, ou esse processo é intuitivo? Essas são questões difíceis e, mesmo se for verdade que o autor não as considera relevantes, elas ainda decorrem de temas que o próprio Hart levanta. Sua teoria os sugere, mas não os alcança, exibindo assim algumas das limitações do formalismo.

A conclusão do artigo revela que há mais uma lição a tirar do debate entre positivismo e antipositivismo:

Para usar na descrição da interpretação das leis a terminologia sugerida de fusão ou incapacidade de separar o que a lei é do que ela deve ser servirá (como as anteriores histórias de que o juiz apenas descobre, mas nunca cria direito) apenas para obscurecer o fato de que vivemos em meio a incertezas dentre as quais

devemos tomar uma posição, e que a lei existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha. (Hart, 1983, p. 87)¹⁵

O direito formal não impõe a escolha, mas apenas limita essa escolha. O jurista, ao incorporar elementos morais ao direito e se perguntar se a decisão foi feita por ele ou foi compelido a ela por sua experiência e treinamento, toma consciência da complexidade dos problemas com os quais lida. Ao reconhecer a complexidade do assunto, Hart chega na porta do problema, mas não tem coragem para entrar. Esse recuo, mais do que tudo que foi dito sobre o autor até agora, permite compreender a atitude formalista. Ao se voltar para sua tese, depois de responder aos críticos, Hart percebe que não é capaz de dar respostas muito melhores aos problemas propostos. Quando insiste na sua posição inicial, mesmo consciente da impossibilidade do seu positivismo controlar a tomada de decisão ou explicar os limites precisos do direito e da moral, mostra que a distinção entre formalismo e antiformalismo depende de razões mais sutis, que merecem agora nossa atenção.

2.4 As sutilezas do positivismo

a) A lógica do razoável de Recaséns Siches

Luis Recaséns Siches é um dos autores que caracterizam e criticam o positivismo formalista no direito. Na obra “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”, reage contra a lógica dedutiva na interpretação jurídica, que leva, segundo ele, a uma “concepção mecânica da função jurisdicional”. Essa obra é da metade do século passado e possui um capítulo inteiro dedicado à discricionariedade judicial, com o inequívoco título de “La función judicial es siempre y necesariamente creadora”. Escrito ao estilo forense (retórica combativa, retomada constante de argumentos, considerações ligeiras e pouco elogiosas sobre a tese “inimiga”), o livro esclarece e adota a visão de que a lógica jurídica precisa de ar fresco, livrando-se do aspecto formalista e voltando a atenção para os reais motivadores da decisão concreta. Para cumprir esse desiderato, Recaséns Siches propõe uma “lógica do razoável”, que

¹⁵To use in the description of the interpretation of laws the suggested terminology of a fusion or inability to separate what is law and ought to be will serve (like earlier stories that judges only find, never make, law) only to conceal the facts, that here is anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself.

daria importância ao contexto e ao bom senso do juiz e reconheceria -- sem abandonar totalmente a lógica formal -- a dimensão criadora da decisão judicial.¹⁶

No artigo analisado anteriormente, Hart não leva a sério o termo “positivismo”, considerando-o um “míssil” retórico, usado em debates acadêmicos, mas sem utilidade para questões mais importantes. Recaséns Siches, por outro lado, considera importante o combate à “lógica mecânica” e à “filosofia acadêmica”, antiquada forma de pensar o direito ensinada “en la mayor parte de las universidades del Continente europeo y de Hispanoamérica” (Recaséns Siches, 1956, p. 24). Se Hart demonstra ceticismo e até desdém em relação ao emprego dos termos “positivismo” e “formalismo”, às influências de fatores externos ao direito na decisão judicial ou ao caráter criador ou descobridor do trabalho do juiz, Recaséns se ocupa precisamente dessas questões. Embora o horizonte histórico seja idêntico para os dois autores, condicionando a maneira como colocam os temas, no livro do autor hispânico há distinções suficientes para caracterizar o antagonismo com Hart. Elencar argumentos da “lógica do razoável” de Recaséns Siches é descrever, com mais acuidade do que o pragmatismo de Kellogg, contra qual doutrina o texto “Positivism and the separation of law and morals” reagia.

Pertencente ao grupo de teóricos do direito da tradição civilista, interlocutor de Miguel Reale e García Máynez, o autor crê na importância da ontologia e axiologia jurídicas. Se Reale diz que o direito é fato, valor e norma (Reale, 2002), é principalmente para mostrar a natureza complexa da essência do jurídico, que não se reduz ao normativismo, ao sociologismo ou à axiologia de inspiração jusnaturalista. Para Recaséns Siches, o direito foi sempre humano, complexo, mais prudente do que matemático, e conhecer sua essência humana, dinâmica e vital corresponde a se libertar do disfarce dos argumentos lógicos do academicismo. Em suas palavras:

Es verdad que cualquier decisión judicial se la puede dotar de una forma lógica, con lo cual se da una impresión de mantener el principio de la certeza y la seguridad jurídicas. Pero esta impresión es algo ilusorio.

¹⁶ A lógica do razoável não difere das tendências neoconstitucionais, pragmáticas ou retóricas de quebrar a imagem de um direito mecanicamente aplicado. Isso não é falar mal dessas tendências, pois a antiguidade do debate mostra que sua importância ultrapassa as gerações, e que não houve ainda palavra final. Siches ainda guarda a esperança do direito ser visto como ciência lógica, tanto que chama sua proposta de “lógica do razoável”, mas, no mais, é semelhante a teorias antiformalistas contemporâneas.

Es necesario tener conciencia clara de que siempre que surge un problema jurídico, bien ante el legislador, o bien ante el juez, nos encontramos frente a un conflicto entre los deseos o intereses sociales, incompatibles el uno con el otro, total o parcialmente. (Recaséns Siches, 1956, p. 49-50)

Pela citação também se depreende que o juiz possui uma tarefa semelhante à do legislador, qual seja, a de escolher entre situações incompatíveis, total ou parcialmente. A atividade judicial é sempre criadora, pois se executa no nível vital, humano, nível que a lógica formal é incapaz de compreender. “Una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada.” (p. 132) e, consciente desse fato, a filosofia jurídica não-acadêmica de Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, François Gény, Eugen Ehrlich, Francesco Carnelutti ou Carlos Cossio

(...) coinciden en haber mostrado con claridad y en haber subrayado vigorosamente que la aplicación del Derecho no es una operación mecánica que consista en un silogismo, en el cual la premisa mayor esté representada por la norma general, la premisa menor por la verificación de los hechos, y la conclusión por el fallo. (Recaséns Siches, 1956, p. 27)

Assim, a análise dos fatos é determinante para a escolha das premissas, e a intuição da solução justa antecede a escolha do método de interpretação. Dito de outra maneira, para Recaséns Siches o método de interpretação (gramatical, teleológico, histórico etc.) é o resultado de um raciocínio complexo que envolve, simultaneamente, a escolha dos fatos relevantes, a determinação da lei aplicável e a justiça da conclusão (p. 242).

A ofensiva contra o método dedutivo no campo de interpretação e aplicação não combate a “teoria fundamental do direito”, que se propõe a definir o direito em termos formais e universais. Continuam importantes, para o autor, questões como

(...) una definición esencial o genérica del Derecho, para lo cual tiene que averiguar en qué consiste el Derecho, cuál es su tipo de realidad, cuál es su tipo esencial (...), las notas intrínsecas del Derecho, y las diferencias entre las normas jurídicas y otras clases de normas, (...) la estructura del orden jurídico como un todo; y tiene asimismo que aclarar los conceptos universales de sujeto de Derecho, de relación jurídica, de deber jurídico, de Derecho subjetivo, etcétera. (Recaséns Siches, 1956, p. 36).

Esses temas formais mantêm a importância na lógica do razoável, mas precisam ser compreendidos a partir da perspectiva posta a descoberto pelo pragmatismo de Holmes, pelo realismo de Karl Lewellyn ou o pragmatismo de John Dewey. A combinação do apego à tradição civilista (fato jurídico, relação jurídica) e

as considerações radicais do realismo fazem de Recaséns um autor ambíguo, complexo, representante de um momento de transição na filosofia do direito. Ao mesmo tempo que apoia o realismo jurídico, reafirma fidelidade à tradição, e faz isso separando a interpretação no caso concreto da teoria geral do direito. A teoria geral do direito cuida das formas, enquanto o conteúdo é definido pela prudência do julgador, que tem, entre os instrumentos, as formas trazidas pela teoria geral do direito.

A filosofia do direito acadêmica pretende trazer ao momento da interpretação judicial o mesmo nível de exatidão e rigor das formas e, segundo o autor, isso não corresponde à realidade. A “terminologia esotérica” da ciência jurídica supõe que a interpretação correta depende da pureza com a qual os conceitos são concebidos e manejados (p.144), mas, na verdade, esse elemento se combina com as preferências pessoais do juiz, que não podem ser ocultadas nem mesmo quando ele apela para princípios aceitos pela comunidade; suas ideias de justiça entram diretamente no cálculo da interpretação -- que, por isso, é mais uma ponderação do que um cálculo.

O amor pelo método que tenta dar à interpretação a exatidão matemática tem para o autor, apesar de suas falhas teóricas, uma motivação justa: o desejo de segurança inerente ao ser humano. A certeza e a segurança são valores jurídicos dos mais importantes e, quanto maior a atenção ao método de interpretação, maior é a segurança jurídica. No entanto, uma atenção excessiva ao método pode, em nome da segurança, sacrificar a justiça, que é um valor ainda mais importante para o direito:

Sin un mínimo de certeza y seguridad jurídica no podría reinar la justicia en la vida social. (...) Certeza y seguridad en la injusticia, en el mal, en la insolidaridad, en la servidumbre, vendrían a hacer esas calamidades más dolorosas de lo que serían si se presentasen solamente como irrupciones casuales.” (Recaséns Siches, 1956, p.285-286)

Numa típica retórica de seu tempo, sua teoria é inserida na hierarquia axiológica: o ataque ao metodologismo se traduz na colocação do valor justiça, no sentido de equidade, acima da certeza e da segurança jurídicas. Ainda nessa linha de argumentação, Recaséns Siches defende que sua teoria não sacrifica a segurança para aumentar a justiça, como se poderia supor. Ao declarar o metodologismo uma ilusão, a lógica do razoável mostra a realidade da decisão judicial. A aceitação da lógica do razoável permite que os magistrados parem de disfarçar sua decisão pessoal com “sutilezas dialéticas”, na intenção de lhe emprestar uma objetividade “deduzida por

inferência dos textos vigentes” (p. 29). Essa ilusão de objetividade não evita os problemas das lacunas e das antinomias. Por ser impossível o raciocínio mecânico no campo jurídico, é ilusória a ideia de que o metodologismo traz mais segurança; a lógica do razoável, no máximo, deixaria o mundo tão seguro como está, com a vantagem de desfazer um engano e privilegiar a justiça.

Essa é, em suma, a nova filosofia da interpretação de Recaséns Siches. Presa no passado, mas com um pé no futuro, a obra não chega a ser uma construção intelectual fabulosa, no nível de “O conceito de direito” ou da “Teoria pura do direito”, mas expõe a importância do contexto e da equidade, um assunto há séculos presente na interpretação jurídica. Os princípios constitucionais hoje cumprem a função metafísica da ordem escalonada de valores, com os mesmos defeitos e virtudes. O formalismo de hoje, ainda que na forma sofisticada do originalismo na teoria constitucional norte-americana (Posner, 2009), combate a renovação histórica dos princípios fundamentais tão parecida com a lógica do razoável. Outras analogias não são difíceis de estabelecer por quem conhece os debates contemporâneos em teoria do direito.

Além de expor argumentos comuns à discussão sobre discricionariedade e hermenêutica jurídica, dando-nos uma ideia mais ampla do debate, a obra é discutida aqui pela semelhança de alguns argumentos com os que aparecem na filosofia de Karl-Otto Apel. Assim como Recaséns Siches, Apel defende que sua teoria apenas traz à tona a forma como raciocinamos, e vê a metodologia positivista como uma ilusão que empobrece a compreensão total do ser humano. A ideia de crise e a preocupação ética está presente nos dois, embora de forma menos acentuada no autor hispânico. Sobre o tópico da interpretação do direito e da equidade, diz Recaséns Siches:

Dichos problemas están siempre presentes en cualquier proceso de aplicación jurisdiccional del Derecho a casos concretos. Ahora bien, en épocas tranquilas y de estabilidad (...) suscitan menores dificultades. (...)

En cambio esos problemas suscitados en la aplicación judicial del Derecho se hacen más numerosos, agudos y difíciles en épocas de hondas transformaciones sociales, y todavía más en un tiempo de crisis integral como es el nuestro. (Recaséns Siches, 1956, p. 19)

A crise ética que motiva uma renovação da epistemologia é comum aos dois autores, apesar das inúmeras diferenças entre suas obras. Importante aqui não é a semelhança ou a diferença entre eles, mas o sentimento de uma época. Com os acontecimentos históricos da metade do século XX, acentuou-se a importância de resgatar uma reflexão sobre aspectos éticos, e esse sentimento dura até hoje. A crise ética assume outras formas, como a globalização e as sociedades hipercomplexas da modernidade (Neves, 2008), mas permanece a preocupação filosófica que se reflete modelos metodológicos mais ou menos ortodoxos. A constante é um problema ético que tem como reflexo a proposta de uma metodologia mais aberta sensível às peculiaridades do caso concreto. O método (ou a falta dele) são o início e o fim das discussões sobre interpretação e ética na crise da modernidade.

b) Hart, o cético

Nas classificações da doutrina, categorias são formuladas, como positivismo, normativismo, realismo e formalismo, na tentativa compreensível de reduzir a complexidade do tema. As classificações facilitam o trabalho acadêmico, por um lado, mas o prejudicam ao condicionar o olhar retrospectivo a submeter os autores às categorias mais adequadas. Como é comum com grandes autores, a obra de Hart traz sutilezas que o diferenciam do senso comum doutrinário. Autores como ele, que repensam conceitos básicos, não combinam nem mesmo numa escola que leve seu nome. Dizer que Hart é um positivista jurídico apoiado nas descobertas do segundo giro linguístico, e marca a transição da lógica para a pragmática, pode até o descrever corretamente, mas deixa de lado características importantes. Se é certo que o formalismo positivista de Hart é sutil, já incorporando a decadência (ou evolução) da filosofia da linguagem na forma da linguagem ordinária, dos jogos de linguagem e dos atos de fala, é certo também que ele afirma com convicção que direito e moral são campos diferentes. Aparentemente, essa afirmação entra em contradição com a filosofia contextual inspirada pelo “segundo” Wittgenstein, que aceita o caráter dinâmico dos jogos de linguagem.

A contradição não é sentida porque Hart é um cético, quase cínico, em relação às repercussões epistemológicas da crise ética. Mesmo que existam problemas éticos e problemas epistemológicos, ele não parece se convencer da clara relação

entre eles, tampouco acredita que uma reforma filosófica vai resolvê-los num único movimento, seja na filosofia geral ou na filosofia jurídica. Se ele sente alguma crise no mundo, não é “desesperada e desesperadora” o suficiente para se engajar na luta de Apel ou Recaséns Siches.

Esse cinismo não é necessariamente um demérito, pois pode ser lido como um inteligente reconhecimento das próprias limitações. Hart se vê como um teórico do direito que não deve propor reformulações profundas da forma de pensar dos juristas. Ele não oferece uma genealogia da regra de reconhecimento, ou enumera os elementos psicológicos que vinculam o juiz quando a lei é omissa. Um estudo sociológico que cuide da primeira, um psicológico que cuide dos segundos; do ponto de vista de sua teoria do direito, esses elementos pertencem no máximo ao contexto de descoberta. Remeter a definição dos casos difíceis ao contexto profissional dos juristas não seria assim um escapismo, mas o reconhecimento de que sua teoria geral não pode ultrapassar essa barreira prática: modelos científicos têm aplicação limitada. Outra razão para não considerar escapismo é que, se dirigindo a juristas, qualquer desacordo com a prática profissional seria imediatamente identificada, e sua teoria cairia como um castelo de cartas.

A revisão de alguns conceitos fundamentais de “O conceito de direito”, num apêndice escrito por ocasião das críticas de Dworkin, é outro indicativo de que o formalismo de Hart é cético quanto ao método: vista como instrumento, a teoria pode ser revista se houver novas descobertas. (A isso se pode objetar, como já discutido, que as concessões feitas no apêndice não foram tão sérias ou sinceras.)

Hart é formalista e positivista, isso mais pela forma como trata os problemas do que por um desejo de verdade objetiva e conclusões lógicas definitivas. Essa forma experimental e de limitada esperança na razão é característica de um iluminismo amadurecido, normalmente ignorado pela filosofia jurídica. O iluminismo criticado, entre outros, por Recaséns Siches, é um metodologismo que matematiza o mundo, das ciências naturais à arte, passando pelas ciências humanas; é a realidade fria e o domínio absoluto do método. Apel vê assim a influência da ciência na filosofia. No entanto, o iluminismo maduro propõe uma ciência esperançosa, mas é experimental e delimita os problemas que um modelo pode resolver, assumindo também a possibilidade de novas e melhores interpretações surgirem. Um cientista pode se

sentir mal se uma tese sua é provada falsa, mas sua defesa não é enunciando a quebra do princípio filosófico da verdade ontológica, mas mostrando que sua explicação é mais coerente com os problemas levantados do que a de seu concorrente. O ímpeto matematizante não pertence a essa visão da ciência, muito menos num grau que possa contaminar a filosofia.

A ideia de que o legado iluminista é o cartesianismo frio e alienante é uma versão muito comum, mas nem de longe é a única leitura possível do iluminismo e do cientificismo. Hart adota um formalismo pragmático que não pressupõe nenhum fundamento metafísico, como seria uma interpretação mecânica ou uma ideia de metodologia como teologia. Para o autor, discutir esses temas é perda de tempo; como cético, ele não os considera relevantes para seu positivismo.

Pressupostos metafísicos como os que caracterizam o pensamento moderno, cartesiano, não estão no iluminismo ou positivismo amadurecidos. A denúncia contra o metodologismo e a criação pós-modernidade são obra (por vezes coerente) de uma filosofia preocupada com o exagero do método nas ciências humanas, mas esse exagero não decorre da fé iluminista na razão e no método. Para a ciência contemporânea (inclusive a humana), as teorias são instrumentos provisórios, e prática científica é um contínuo aprendizado coletivo. É um processo para o qual a ideia de verdade absoluta é apenas um ideal (encontrado “*in the long run*”, diria Peirce). Essa metafísica mínima permite empregar recursos nos problemas que práticos.

Na sequência desta tese, será enfatizada essa ideia experimental do iluminismo, deixando um pouco de lado a caracterização pós-moderna da teoria do conhecimento. Essa caracterização carregada de epistemologia foi trabalhada nas partes anteriores por sua influência sobre a filosofia do direito, mas tive sempre em vista algo além das dicotomias tradicionais. Esse “olhar além” corresponde a uma visão diferente do positivismo e da epistemologia da modernidade, inspirada no ideal artesanal do iluminismo e, principalmente, no pragmatismo filosófico. Essa nova abordagem será vista na sequência, a partir das ideias de Ian Shapiro e Richard Posner.

Parte II – O iluminismo pragmático

Esta parte faz a transição entre a primeira e a terceira, quando será exposto o pragmatismo e sua interpretação das teorias de Rawls e Dworkin. É composta por dois capítulos, sendo o primeiro sobre o interessante conceito de ideal artesanal e as características do iluminismo tardio, trabalhados por Ian Shapiro na obra “Os fundamentos morais da política”. O segundo capítulo apresenta a filosofia pragmatista, a partir da visão de Richard Posner na obra “Para além do direito”, que difere em grande medida das obras do pragmatismo clássico de James ou Dewey, mas se insere no diálogo contemporâneo entre filosofia e direito. Frise-se que a análise econômica do direito, um dos traços mais característicos da obra desse autor, não é aqui objeto de investigação.

A primeira parte da tese apresentou as teorias de Karl-Otto Apel e de H.L.A. Hart, aquele cuidando da filosofia geral e este da filosofia do direito. As obras desses autores são instâncias de um cenário maior: o estado de crise da filosofia do século XX. O sentimento de que há uma crise da razão e uma perda de referência salva pela filosofia da linguagem é bastante comum no século XX. O que une Apel e Hart não é um problema teórico específico e exclusivo, mas um sentimento geral da teoria no século passado de que, quando se trata de assuntos morais, a racionalidade seria mais sutil do que nas ciências naturais, e que seria necessário discutir a possibilidade de resgate, a retomada do controle racional das ações humanas.

Esse caminho, epistemológico, deixa mais perguntas do que respostas. É difícil conceber, na sociedade complexa e em rápida transformação de hoje, que exista a possibilidade ou mesmo a necessidade de um resgate filosófico da racionalidade moral. O problema do controle racional da cultura e da ética é cada vez mais um problema de filósofos para filósofos. A ideia de crise da razão e sua solução através da filosofia, que já está muito distante do senso comum, se afasta também das discussões acadêmicas, uma vez aceitos o falibilismo na ciência e a determinação histórica das questões éticas mais profundas.

Com "caminho epistemológico", refiro-me criticamente à tradição, muito kantiana, mas que não começou com Kant, de fundamentar hierarquicamente a razão. Essa metáfora de um fundamento, de uma razão que vem do alto, é o tema central de

muitas das filosofias discutidas por Rorty em “A filosofia e o espelho da natureza”, e também faz parte do imaginário dos juristas: a hierarquia é a característica mais marcante da pirâmide kelseniana. Definido de forma simples, o caminho epistemológico é a necessidade de fundamentar as ciências e as decisões práticas a partir de um modelo filosófico que espelharia as “coisas como são”, e que organiza o pensamento de forma hierárquica. A procura de princípios primeiros, de definição dos termos fundamentais da razão, reflete a esperança, tantas vezes vã, de pensar menos para resolver mais.

Entre as inúmeras dificuldades de um projeto desse tipo, a que mais chama atenção do pragmatismo é a impossibilidade de demonstrar, no início do debate, que o modelo tem um status epistemológico privilegiado. No mercado das ideias não há direito a tal status; o privilégio de uma teoria é posterior à argumentação.¹⁷ A imagem de uma hierarquia racional é forte, e talvez esteja ligada a fatores psicológicos mais profundos, mas não é a única forma de equacionar nossas dúvidas filosóficas; não é fundamental ter uma filosofia no topo de nossas concepções. Os sistemas de filosofia são projetos que, como quaisquer outros, precisam entrar no mercado das ideias e provar seus argumentos; o sucesso deles é medido pela eficiência na resolução de questões práticas. Ninguém foi contratado pela deusa da razão e recebeu dela o aval para executar o projeto filosófico.

Projetos como os de Kant são demasiadamente pretensiosos mas, ainda assim, úteis. O valor prático dos grandes e dos pequenos sistemas de filosofia (e até das filosofias que não formam sistemas) é serem variações de um mesmo tema, permitindo uma compreensão diversificada de nossas dúvidas. O fato de nenhum deles trazer a resposta definitiva, por mais que possuam inicialmente tal pretensão, traz a possibilidade de os usar como partes de uma compreensão eclética do mundo, que os coloca no mesmo nível e os utiliza de forma livre, de acordo com a situação, avaliando sua aplicação prática a problemas específicos. Essa atitude, que Feyerabend chama de “conquista da abundância”, vem do reconhecimento de que nossa época

¹⁷ Em diferente discussão, Henry S. Maine fala da passagem histórica do status ao contrato, indicando que, na sociedade contemporânea (contratual), nenhuma posição social é garantida de antemão. O contrato, nesse caso, é comparável à necessidade de provar a importância diante dos interesses dos outros sujeitos, em praça pública. Isso indica que, possivelmente, a tendência filosófica relativista, adotada aqui, está intimamente ligada à perspectiva sócio-econômica. Mais sobre isso em Treves, 2004, p. 45-46.

possui tantas boas visões de mundo que seria um crime reduzi-las ao denominador comum de um grande sistema de pensamento. Se nada for excluído e nenhuma tese for colocada de antemão acima da outra, há mais chances de aproveitar de maneira equilibrada o que a humanidade produziu ao longo de tantos séculos.

A atitude relativista, adotada aqui, também é a do pragmatismo clássico, e parte da ideia de que, quanto mais inusitadas as perguntas, maior a compreensão das profundas questões da natureza humana, que não devem, nem podem ser respondidas de uma vez por todas. É bom ter muitas respostas para um mesmo problema filosófico; melhor ainda se nenhuma dessas respostas é considerada superior às outras, facilitando a combinação das propostas.

Tal atitude é aplicada na interpretação das teorias de Rawls e Dworkin, ou melhor, das funções que suas metáforas podem cumprir em problemas relacionados à ordem pública. O relativismo, ao não esperar respostas definitivas do tipo proposto pelos sistemas de filosofia, enxerga com mais liberdade as imagens construídas por cada tentativa de solução e, mesmo contra a os autores das obras que analisa, é capaz de compor uma interpretação eclética do mundo, mais adequada à solução dos problemas em foco. Esse mosaico está em constante mutação, acompanhando o curso da vida e dos problemas que se apresentam. Tal postura, que contrasta com a postura epistemológica, não é simplesmente cética ou utilitarista. Questionar hierarquias filosóficas não é aceitar sem crítica toda e qualquer ideia; pelo contrário, uma adequação a cada problema exige novas e renovadas avaliações críticas.

Exponho a seguir duas teorias que, cada uma à sua maneira, desafiam as hierarquias filosóficas e os conceitos estabelecidos, abrindo caminho para as discussões posteriores da tese. A primeira, de Ian Shapiro mostra uma leitura diferente da que Apel faz sobre o iluminismo, ampliando a visão do tema. A segunda, de Posner, apresenta uma atitude, já dentro do pragmatismo, que corresponde à insatisfação com as doutrinas metafísicas. Isso prepara o cenário da abordagem de Dewey, que é metafísica e, ao mesmo tempo, pragmática: uma adoção do pluralismo que, diferentemente da versão de Posner, mantém a poesia.

3. O projeto iluminista, segundo Ian Shapiro

3.1 O pensamento político iluminista

O confronto entre modernidade e pós-modernidade, pelo seu caráter cultural e complexo, pode ser abordado de variadas maneiras. Viu-se que Apel, preocupado com uma fundamentação metafísica da ética, trabalha uma reflexão transcendental no intuito de alcançar uma instância crítica a que deu o nome de jogo de linguagem transcendental. Hart, no contexto jurídico, sente menos a necessidade de uma resposta a questões éticas profundas, adotando uma fundamentação pragmática para a divisão entre direito e moral. Essa fundamentação não vai muito além de se esquivar das críticas a seu formalismo a partir da posição libertária do utilitarismo de Bentham e Austin. Para Hart, o hábito profissional dos juristas seria mais que suficiente para conhecer e manter a ordem normativa que lhes concerne, sem a necessidade de apoios em doutrinas abrangentes, sejam morais, políticas, filosóficas ou religiosas.

O contexto filosófico ainda é composto pelas duas fases de Wittgenstein e o combate ao formalismo positivista. Nele, Robert Alexy elabora uma teoria da argumentação jurídica à semelhança do jogo de linguagem transcendental de Apel e, numa visão mais aberta do discurso, mas ainda preocupada com instâncias de controle, Chaïm Perelman redescobre o auditório e as leis do discurso de convencimento. Recaséns Siches reconheceu a razoabilidade nos assuntos de justiça, mas ainda se ateuve a aspetos formais a ponto de chamar sua teoria de lógica do razoável. Manuel Atienza (2001) mostra como o direito é um paradigma de racionalidade para autores que põem em primeiro plano o consenso e o discurso, ao mesmo tempo que mostra indiretamente que, quanto mais próximos do direito, maior ânsia de controle têm suas filosofias.

A epistemologia centrada no controle racional do discurso, numa época em que não há verdades, fica à beira da falésia, na expressão de Roger Chartier: a falésia que representa o drama do filósofo que reconhece o inevitável pluralismo, mas não considera aceitável se atirar na incerteza. Aceitar estar à beira da falésia parece a única escolha razoável, pois não parece haver uma solução epistemológica para o relativismo ou o ceticismo. Porém, é difícil para muitos filósofos aceitar de bom

grado a incerteza. Afinal, se a filosofia não pode dar aos discursos a segurança de um método racional, qual papel lhe restaria?

Como dito mais acima, há diversas formas de abordar a tensão entre a certeza prometida pela modernidade e o choque relativista da pós-modernidade, e o controle racional do discurso é apenas uma delas. Um dos caminhos alternativos ao epistemológico é sugerido por Ian Shapiro, pensador preocupado com a legitimidade política nas sociedades contemporâneas. Voltar-se para a perspectiva dele é conhecer uma outra tradição, que se preocupa mais com a função do contrato social do que com a natureza do imperativo categórico que o sustenta. Para autores como Jeremy Bentham, Stuart Mill, Karl Marx ou John Rawls, o sucesso é medido pelas consequências sociais de suas teorias, diferentemente de uma perspectiva transcendental em que a filosofia caridosamente empresta sua concepção de verdade para os assuntos políticos. O contrato social e a justificação da existência e extensão dos direitos básicos compõem uma discussão que, longe de evitar por completo os temas filosóficos, colocam-nos diante do tribunal da experiência. Essa mudança de uma reflexão filosófica profunda para uma que elabore modelos pensados já a partir da organização da comunidade política não é nova, pois é uma tradição que vem, pelo menos, desde a classificação aristotélica dos regimes e formas de governo. Shapiro, na obra “The moral foundations of politics”, concentra sua discussão na legitimidade política do projeto iluminista.

O iluminismo, para o autor, não é um movimento intelectual homogêneo, mas o conjunto de várias tendências, ainda que sobrepostas¹⁸:

Se existe uma única ideia abrangente que os seguidores dos diferentes ramos do pensamento iluminista têm em comum é a fé no poder da razão humana de compreender nossa verdadeira natureza e a natureza de nossas circunstâncias. A perspectiva iluminista é profundamente otimista, fornecendo um impulso à ideia de progresso nas questões humanas. À medida que a razão expande seu raio de ação, parece plausível pensar que o conhecimento possibilitará o controle -- e, quem sabe, até o aperfeiçoamento -- de nosso entorno e de nossa vida. (Shapiro, 2006, p. 9-10)¹⁹

¹⁸ As citações em português do livro “Fundamentos morais da política” são da edição brasileira de 2006, publicada pela editora Martins Fontes, com tradução de Fernando Santos. Nas notas de rodapé, o texto original de Ian Shapiro, publicado pela Universidade de Yale em 2003.

¹⁹ If there is a single overarching idea shared in common by adherents to different strands of Enlightenment thinking, it is faith in the power of human reason to understand the true nature of our

O que caracteriza o projeto iluminista, para Shapiro, não é a aderência um padrões epistemológicos, seja o de Descartes, Hume, Bacon ou Locke. O movimento iluminista é mais abrangente, e tem como principal característica a fé na liberdade conquistada pela ciência. Na esteira do humanismo do renascimento, o movimento iluminista relaciona ao conhecimento científico a conquista da liberdade. Para conduzir tal projeto, a fé iluminista se utilizava de duas ideias, posteriormente enfraquecidas ou abandonadas: o ideal artesanal e a verdade como certeza.

O ideal artesanal (*workmanship ideal*) é a ideia que diferencia a visão de Shapiro da tradição epistemológica. Enquanto um dos principais temas da tradição epistemológica é a divisão entre conhecimento analítico (verdades da razão) e sintético (verdades de fato), o ideal artesanal dá uma nova versão para a origem e para o objetivo do conhecimento. Antes mesmo de Kant desafiar a divisão com a ideia de juízos sintéticos a priori e as categorias da razão pura, Thomas Hobbes já a desafiava com uma ideia de conhecimento baseada na liberdade. Diz ele, no final da introdução de “Leviatã”:

Aquele que vai governar uma nação inteira deve ler, em si mesmo, não este ou aquele indivíduo particular, mas o gênero humano. O que é coisa difícil, mais ainda do que aprender qualquer língua ou qualquer ciência, mas ainda assim, depois de eu ter exposto claramente e de que maneira ordenada em minha própria leitura, o trabalho que a outros caberá será apenas verificar se não encontram o mesmo em si próprios. Pois esta espécie de doutrina não admite outra demonstração. (Hobbes, 2000, p. 28)

Essa verificação interna levaria os homens a entenderem sua própria natureza, mais do que entendem os fenômenos exteriores, uma vez que olhando para dentro de si mesmos poderão “ler e conhecer quais são os pensamentos e paixões de todos os outros homens, em circunstâncias idênticas” (Hobbes, 2000, p. 28). A presunção de uniformidade das paixões e dos desejos humanos faz cada um ter em si a capacidade de refletir e validar ou invalidar uma teoria sobre o ser humano²⁰. A única natureza a que temos acesso direto é a natureza humana, logo, é sobre os

circumstances and ourselves. The Enlightenment outlook is optimistic to its core, supplying impetus to the idea of progress in human affairs. As reason’s reach expands, it seems plausible to think that understanding will yield the possibility to control and perhaps even improve our environments and our lives. (Shapiro, 2003, p. 7)

²⁰ Tal inspeção interna, aparentemente fantasiosa, não é exclusiva de Hobbes, sendo um dos elementos principais do “equilíbrio reflexivo”, método fundamental na teoria da justiça de John Rawls.

assuntos éticos, políticos e sociais que podemos ter a ciência mais certa. A origem das verdades é liberdade de pensamento (a certeza de si), e o objetivo do conhecimento verdadeiro é garantir mais liberdade (ou paz, ou ordem).

John Locke é quem mais claramente representa o ideal artesanal, inspirando-se em controvérsias teológicas de sua época. Naquele tempo, discutia-se a onipotência de deus em relação às leis naturais. Se as leis naturais são eternas, nem deus poderia modificá-las. Porém, se a divindade não pode modificar as leis eternas, sua onipotência seria limitada por essas leis. Essa controvérsia é resolvida por Locke a partir da ideia de que, se existe uma lei, ela é fruto de uma vontade. As leis naturais são, portanto, fruto da vontade do criador da natureza, ou seja, deus.

Locke lutou com essa tensão sem jamais tê-la resolvido de um modo que lhe parecesse satisfatório, mas em seus escritos sobre moral e política ele se posicionou definitivamente no campo voluntarista ou centrado na vontade. Não conseguia abandonar sua posição segundo a qual uma coisa, para ter o status de lei, deve ser o produto de uma vontade. Ao adotar essa visão voluntarista, Locke alinhou-se com outros teóricos do início do Iluminismo centrados na vontade, notadamente o filósofo e teórico alemão do direito natural, Samuel von Pufendorf. (Shapiro, 2006, p. 14-15)²¹

Assim, uma vez que as leis da natureza dependem da vontade divina para existir, deus não se submete a elas. A discussão teológica não acaba, e restaria saber se deus pode alterar essas leis quando mudar sua vontade ou se, por ser eterno, não é possível que sua vontade mude. Dessa forma, as leis da natureza seriam estáveis graças à imutabilidade da vontade divina, e não por uma estabilidade intrínseca a elas. Mas essa autolimitação do ser divino faria parte de sua vontade, ou seria uma imposição da natureza? Seria ele livre diante das leis da natureza, mas limitado pela sua própria existência?

Controvérsias teológicas à parte, o que importa aqui é a importância dessa linha de raciocínio para a teoria política de Locke: a vontade livre é criadora e, assim

²¹Locke wrestled with this tension without ever resolving it to his own satisfaction, but in his moral and political writings he came down decisively in the voluntarist, or will-centered, camp. He could not relinquish the proposition that for something to have the status of a law, it must be the product of a will. By adopting this voluntarist view, Locke aligned himself with other will-centered theorists of the early Enlightenment, notably German philosopher and natural law theorist Samuel von Pufendorf. (Shapiro, 2003, p. 11-12)

como deus controla as leis divinas, o ser humano, feito à sua imagem e semelhança, conhece e controla aquilo que cria.

Das substâncias cuja existência depende do mundo exterior (como as árvores e os animais), o homem só pode conhecer as essências nominais. A verdadeira essência delas só está ao alcance do criador da substância, Deus. No caso das arquetípicas, contudo, as essências nominal e real são sinônimas, de modo que o homem pode, por definição, conhecer suas verdadeiras essências. Uma vez que as práticas sociais são sempre uma fusão das ideias arquetípicas, segue-se que o homem pode conhecer as verdadeiras essências sociais. (Shapiro, 2006, p. 15)²²

Arquetípicas são as ideias que, ao contrário das ectípicas, são criadas pela vontade do homem. A substância real da natureza, ou seja, sua verdade, só poderia ser conhecida por deus, seu criador; ao homem só é dada a essência nominal, isto é, só lhe é possível conhecer a superfície da natureza, estando sempre presente a possibilidade de engano dos sentidos. Por outro lado, quanto às ideias arquetípicas, a essência real é idêntica à essência nominal, pois o homem tem ascendência sobre suas criações quanto deus sobre as suas; o homem é uma miniatura da divindade, feito à sua imagem e semelhança. Conhecemos o que fazemos, logo, o homem tem um conhecimento incontroverso sobre seus desejos, suas paixões e, por consequência não tão óbvia, suas organizações políticas.

O conhecer, para Locke, vem acompanhado do possuir. O homem é dono de sua criação, e daí vem seu direito natural à propriedade daquilo que produz, bem como o poder de decidir, coletiva ou individualmente, como serão administrados os bens. Propriedade e direitos políticos são direitos básicos para Locke, e a ideia do homem ser uma miniatura divina dá suporte tanto à dignidade individual como ao direito de controlar o fruto de seu trabalho. Como criador da realidade social, o ser humano pode fazer sobre isso uma ciência mais perfeita do que sobre os céus e os animais, que são criações de deus.

O ideal artesanal, portanto, é a ideia de que o homem possui e conhece em primeira mão todo fruto de sua liberdade. Assim, a ética e a política são ciências certas, enquanto o conhecimento da natureza é incerto, uma vez que com este último

²²In substances that depend on the external world for their existence (such as trees or animals), only nominal essences can be known to man. The real essence is available only to the maker of the substance, God. In the case of archetypes, however, nominal and real essences are synonymous so that real essences can by definition be known by man. Because social practices are always a function of archetype ideas, it follows that real social essences can be known by man. (Shapiro, 2003, p. 12)

o acesso aos dados é indireto²³. Essa concepção de ciência é consequência da esperança política em um mundo construído pelo cidadão livre. O homem, tomando consciência de sua liberdade, tem certeza de si, reflete sobre sua condição e descobre que ela é universal. A liberdade gera conhecimento e este, se bem conduzido, implica mais liberdade. O conhecimento certo, embora importante, não é o protagonista dessa fase do iluminismo; mais importante é o sentimento de liberdade que proporciona e é proporcionado pela razão.

O ideal de certeza é uma outra tendência do espírito iluminista, e o *cogito* cartesiano representa o início e talvez o momento mais radical de reduzir o conhecimento àquilo que é demonstrável. As ideias claras e distintas e o idealismo de Descartes podem não ter convencido a todos os filósofos que se seguiram a ele, mas representam um desejo de certeza que também ocorre ao empirismo clássico e vem até os nossos dias. Chame-se idealismo ou empirismo, realismo ou nominalismo, positivismo ou antipositivismo, a preocupação filosófica com o conhecimento separa o conhecimento válido do conhecimento inválido. Os critérios variam, mas a busca da certeza é constante.

A crescente importância da certeza acaba por trair o ideal artesanal. O avanço das técnicas de investigação científica levou a uma maior segurança sobre o mundo exterior, e a uma maior confiança nos dados sensíveis. O conhecimento passa a depender mais da experiência, e a verificação empírica passa a ser o paradigma do verdadeiro. Também contra o ideal artesanal, as teorias sobre o homem mostram sua natureza complexa, sem a possibilidade de se definir quem está certo a partir de um cálculo, prova empírica ou qualquer outro método objetivo. O aumento da importância da prova experimental e as dificuldades de se provar uma tese política ou psicológica invertem a lógica do ideal artesanal. Como observa Shapiro:

O abandono das teorias criacionistas do conhecimento as privaria de sua antiga identificação iluminista com a lógica e a matemática enquanto ciências proeminentes, mas estava longe de ser evidente que elas contivessem proposições

²³ O próprio Kant fala, no início da Crítica da Razão Prática, que a liberdade é um fato da razão ao qual o espírito tem acesso direto, sem mediação das categorias. A liberdade é sentida diretamente, e sua natureza nomênica está em plena consonância com o ideal artesanal do iluminismo. (Kant, 2011)

que pudessem ser testadas empiricamente pelos padrões de uma ciência crítica e falibilista. (Shapiro, 2006, p. 17)²⁴

Há certeza nas ciências empíricas, mas não há nas ciências humanas, uma vez que a versão criacionista do conhecimento defendida pelo ideal artesanal é insuficiente diante das novas exigências. O homem pode até ser dono de sua criação, mas não a conhece melhor somente por ser dono; pelo contrário, seu agir sobre o mundo parece o tornar ainda mais complexo do que era sem a sua intervenção. Na filosofia contemporânea, se fortaleceu a ideia de que a certeza pertence à ciência empírica, e não à ética ou às ciências humanas. O falibilismo de Karl Popper foi um dos movimentos recentes a favor do domínio da experiência empírica²⁵, ao mesmo tempo que A.J. Ayer (2001) denuncia que conceitos éticos são falsos conceitos e, portanto, não estão no mesmo nível das verdades científicas.

Seja a partir do positivismo lógico de Ayer ou Popper ou outra tradição filosófica -- como a jurídica -- o entendimento de hoje é que as ciências humanas são mais incertas do que as ciências da natureza.²⁶ Os dados empíricos são uma simplificação da experiência a partir do método, enquanto as ciências humanas são naturalmente abertas, avessas à apreensão objetiva de seus dados. Em alguns campos, é certo que as pesquisas empíricas auxiliam, mas os numerosos problemas sociais e éticos ainda não são resolvidos pelos métodos empíricos das ciências sociais, e não há esperança de resolvê-los em um futuro próximo. Irracionais ou não, as discussões éticas cumprem um papel importante e, por enquanto, são insubstituíveis.

O paradigma de certeza inspirado pelo avanço da técnica considera o ideal artesanal insuficiente, e até mesmo ingênuo. Segundo o novo entendimento, a liberdade é necessária para a cultura, mas não é suficiente para a compreender, uma vez que leis naturais condicionam o comportamento humano. Assim, o mundo da liberdade também depende do conhecimento do mundo exterior; não é possível, no

²⁴ The abandonment of creationist theories of knowledge would deprive them of their early Enlightenment identification with logic and mathematics as preeminent sciences, but it was far from clear that they contained propositions that could be tested empirically by the standards of a critical, fallibilist science. (Shapiro, 2003, p. 13)

²⁵ Note-se que Popper também defendeu uma lógica das ciências sociais, embora aparentemente esse raciocínio não tenha o mesmo impacto histórico do desafio ao método indutivo expresso em "A Lógica da Pesquisa Científica".

²⁶ Evidentemente, existe incerteza e complexidade nas ciências naturais. Um método objetivo não garante a verdade, mas a percepção dos erros ao longo do tempo.

entendimento do mundo ético e cultural, ignorar leis básicas da biologia, por exemplo, já que o tempo de vida de um ser humano e a inevitável morte determinam muitas de suas ações. Quando se reconhece a relevância das ciências naturais e a importância delas para compreender o mundo da liberdade, apenas um ideal artesanal renovado é capaz de preservar a dignidade das obras do espírito. Preservando-se a ideia de que o espírito transforma o que toca, é possível evitar que a cultura se afogue nos métodos das ciências naturais. Foi nesse sentido que pensou Wilhelm Dilthey.

Dilthey foi um dos grandes impulsionadores da ideia de que são possíveis ciências humanas, embora não tenha chegado a completar um sistema de filosofia. O caráter fragmentário de sua obra reflete muito do seu modo de pensar, uma vez que para ele o mundo cultural é construído, e vivido mais do que descoberto. Mesmo pertencendo a uma tradição filosófica diferente da de Hobbes e Locke, os argumentos trazidos na obra “A construção do mundo histórico nas ciências humanas” são muito semelhantes ao ideal artesanal daqueles dois autores. Sobre a percepção de realidades culturais no mundo, por exemplo, diz Dilthey:

Sua conveniência está fundada em meu estabelecimento de finalidades, sua beleza e seus bens em minha valoração, sua inteligibilidade em meu intelecto. (...) eu vivo nesse mundo representacional e a sua validade objetiva é garantida para mim por meio da troca constante entre o próprio vivenciar e com o compreender de outros (...) as teorias gerais não são hipóteses sobre algo com o qual podemos ligar impressões exteriores, mas sim rebentos da vivência e da compreensão. (Dilthey, 2006, p. 72)

Diferentemente do que pensam as ciências naturais, para a filosofia o ser humano está mergulhado na experiência. As ciências naturais, para Dilthey, também dependem da experiência do ser humano (pois é necessário perceber as conexões entre os dados sensíveis), mas nas ciências humanas a relação com o objeto é direta; o objeto das ciências são não apenas experimentados, mas também vividos:

Com isso tem-se a diferença entre os dois tipos de ciências. Na natureza exterior, a conexão serve de apoio aos fenômenos em uma ligação de conceitos abstratos. No mundo espiritual, em contrapartida, a conexão é vivenciada e compreendida. A conexão da natureza é abstrata, a conexão psíquica e histórica é viva, ela é saturada de vida. (...)

Nas ciências naturais buscam-se razões explicativas hipotéticas para a individuação. Nas ciências humanas, ao contrário, as causas da individuação são experimentadas na vitalidade. (Dilthey, 2006, p. 72-23)

“Saturadas de vida”, as ciências do espírito não podem ser reduzidas aos métodos das ciências naturais. O autor não afirma que a certeza pertence às ciências humanas -- como faz o ideal artesanal --, mas ainda crê num acesso imediato às coisas humanas. Há uma rica realidade nas ciências do espírito que, apesar de se apoiarem nos dados físicos do mundo exterior, “perfuram cada vez mais profundamente” a experiência, com o objetivo de compreender “a partir da vivência dos estados próprios e a partir da compreensão do objeto espiritual objetivado no mundo exterior” (Dilthey, 2006, p. 72).

A obra de Dilthey supera o ideal artesanal, mas sem o abandonar. Ele não chega a adotar a ideia de que a realidade exterior pertence às ciências naturais e a realidade interior pertence às ciências humanas; não há, para ele, um método “de dentro” e um método “de fora”. Ainda assim, na busca de dignidade para as ciências do espírito, ou humanas, o autor reserva um lugar especial para as *Geisteswissenschaften*: talvez haja menos certeza nos assuntos humanos, mas há mais significado. Esse novo ideal artesanal, que não é exclusivo de Dilthey, abandona a certeza da liberdade, mas reserva um lugar especial para a intuição mais profunda que depende da autoconsciência da liberdade. Essa intuição racional e humana foi pensada também por Dewey, quando atribui à ciência uma condição estética. A evolução do ideal artesanal leva à percepção estética a partir da qual serão interpretadas as teorias da última parte da tese. Ela representa o amadurecimento do projeto iluminista, uma característica do mundo contemporâneo mais abrangente do que as tradições filosóficas.

3.2 Reações ao projeto iluminista e iluminismo maduro

O ideal iluminista, que valoriza a verdade científica, e põe nela suas esperanças para o progresso ético da humanidade, possui habilidosos e insistentes críticos. Dado que ele possui um caráter fragmentário e gera consequências políticas importantes, as críticas a ele vêm em grande número, de diversas fontes. Não há propriamente um movimento iluminista, mas sim um conjunto mais ou menos homogêneo de aspirações, que permite críticas e elogios em vários níveis.

Uma das vozes mais críticas é a do irlandês Edmund Burke (1729-1797). Desde antes do terror da Revolução Francesa, ele já anunciava o destempero dos revolucionários e, quando eles não alcançaram o que prometeram, seus argumentos passaram a ter um grande peso político. Burke, segundo Shapiro, não tem uma teoria ou um grande tratado de filosofia; seus argumentos são sobretudo políticos. Nas poucas vezes em que critica a ideia de perfeição moral ou racional do plano iluminista, sua crítica se apoia na rejeição das consequências políticas dessa ideia. A filosofia da ilustração poderia até ser coerente do ponto de vista filosófico, mas o plano de uma sociedade fundada na razão é impraticável e indesejável.

Para Burke, as iniciativas que buscam a perfectibilidade humana estão fadadas ao fracasso, provavelmente de maneira desastrosa. Adotar a doutrina da queda significava reconhecer e aceitar as imperfeições do mundo. Significava também perceber que, embora as instituições herdadas contenham muita coisa de ruim, não temos motivos para pensar que, com sua abolição, teríamos instituições menos ruins. (Shapiro, 2006, p. 194-195)²⁷

Burke se opõe a qualquer arquitetura racional da sociedade, a qualquer novo contrato social. Uma vez que instituições são criações humanas, elas são imperfeitas, e não há razão para abandonar o sistema tradicional e adotar um sistema republicano. Sempre houve injustiça, e o mero ideal de uma sociedade igualitária dificilmente evitará esse mal. Além disso, não se pode condicionar a política à vontade de uma maioria; a maioria também erra.

Diz-se que vinte e quatro milhões devem prevalecer sobre duzentos mil. Verdade; se a constituição de um reino for um problema de aritmética. A vontade de muitos e seu interesse podem muito frequentemente divergir, e grande será a diferença quando eles fizerem uma má escolha. (Burke, 1790, p. 44)²⁸

A constituição de um reino não é um problema aritmético; a contagem de cabeças não garante a melhor solução, e mostra o eterno problema da teoria democrática: é necessário decidir, antes do povo, quando o povo terá direito a voz e voto. É uma questão complexa, que se resolve apenas parcialmente com a democracia

²⁷For Burke, enterprises of human perfectibility are bound to fail, probably disastrously. Embracing the doctrine of the fall meant recognizing and accepting the world's imperfections. It also meant realizing that although inherited institutions contain much that is evil, there is no reason to think that abolishing them would lead to less evil institutions. (Shapiro, 2003, p. 152)

²⁸It is said that twenty-four millions ought to prevail over two hundred thousand. True; if the constitution of a kingdom be a problem of arithmetic. The will of the many and their interest must very often differ, and great will be the difference when they make an evil choice.

representativa e as cláusulas constitucionais.²⁹ O critério da maioria, sozinho, não pode sustentar uma decisão. É necessário também ter uma base institucional e procedimentos claros, que verse desde a elaboração das propostas até a validação das decisões.

Para Burke, um novo contrato social não poderia criar direitos, pois estes são forjados pela comunidade ao longo do tempo. Os valores sociais não são apenas corretos ou incorretos, racionais ou irracionais; uma sociedade precisa se reconhecer como agente de sua própria história e, por isso, não aceitaria a criação de uma nova ordem racional, por mais nobres que fossem seus fins e por mais sofisticada que fosse sua filosofia. A ideia de um contrato social fundador de uma nova ordem é estranha para ele, uma vez que o verdadeiro contrato social é bem mais do que uma criação teórica:

A sociedade é de fato um contrato. Contratos menores sobre objetos de interesse meramente ocasional podem ser desfeitos à vontade -- mas o Estado não deve ser considerado apenas como um contrato de compra e venda de especiarias [...] sustentado por um curto e temporário interesse, podendo ser dissolvido pelo capricho das partes. É para ser visto com reverência, porque ele não é um contrato sobre coisas subordinadas apenas à bruta existência animal de uma temporária e perecível natureza. **Esse contrato é estabelecido não apenas entre aqueles que vivem, mas entre os vivos, os mortos e os que ainda hão de nascer.** (Burke, 1790, p. 80, destaque meu)³⁰

A comunidade vai além da população atual, se estendendo no tempo e construindo uma tradição histórica que é o verdadeiro contrato social. O verdadeiro contrato social se estabelece com as gerações anteriores e posteriores, graças à tradição histórica. Esse caráter histórico não significa que os valores são imutáveis ou transcendentais, mas apenas que não devem ser alterados por um golpe revolucionário. Essa ideia abrangente de comunidade prevalece sobre os interesses imediatos, e uma ação política radical só se justificaria para defender os valores consagrados pela tradição. Esses valores correm perigo sempre que surge uma

²⁹ Rawls discute os problemas da democracia quantitativa em "Uma teoria da justiça". Os limites ao poder da maioria são uma preocupação constante, o desafio central das teorias democráticas.

³⁰ Society is indeed a contract. Subordinate contracts for objects of mere occasional interest may be dissolved at pleasure -- but the state ought not to be considered as nothing better than a partnership agreement in a trade of pepper and coffee, (...) to be taken up for a little temporary interest, and to be dissolved by the fancy of the parties. It is to be looked on with other reverence, because it is not a partnership in things subservient only to the gross animal existence of a temporary and perishable nature. [This contract] becomes a partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to be born.

vanguarda revolucionária ou um líder carismático. Sobre a propriedade, um dos direitos garantidos pela tradição, diz ele:

But as ability is a vigorous and active principle, and as property is sluggish, inert, and timid, it never can be safe from the invasion of ability unless it be, out of all proportion, predominant in the representation. It must be represented, too, in great masses of accumulation, or it is not rightly protected. (Burke, 1790, p. 43)

A habilidade política do líder de uma revolução igualitária é uma ameaça séria ao direito herdado das gerações passadas, e por isso é necessário vigiar e lutar vigorosamente contra qualquer investida contra a tradição. A menção à sobre-representação, bem como ao acúmulo como meio legítimo de defender o direito de propriedade, dão um tom negativamente reacionário às ideias de Burke, pois ele parece ser contrário a qualquer reforma igualitária. Shapiro o defende dessas acusações, citando seu apoio à Revolução Americana e às reformas políticas na Irlanda. Porém, assim como a teoria democrática tem dificuldades em justificar quando a maioria deve prevalecer e quando há limitações constitucionais ao poder dessa maioria, o apelo à tradição sofre ao decidir quando e como romper com os valores comunitários e históricos.

Richard Rorty é um autor que critica o iluminismo tanto por seus aspectos filosóficos como por seus aspectos políticos. Primeiramente, em “A filosofia e o espelho da natureza”, ele rejeita a ideia de mente como espelho, dizendo ser ela uma ficção para justificar a verdade como representação. Para esta, a verdade seria o mero reflexo dos fatos exteriores, que precisariam de algo em que pudessem refletir, e este estaria em algum lugar do cérebro daquele que conhece. Ele analisa, com argumentos convincentes e também com exageros, uma longa tradição filosófica, para concluir que o mito da mente como espelho da natureza é, além de equivocado, inútil. Inspirando-se em Donald Davidson e no pragmatismo clássico, seu neopragmatismo defende que todas as verdades são convenções, e que não existe o mundo lá fora, muito menos algo em que ele reflete; existe apenas linguagem, e nenhuma linguagem tem prevalência sobre as outras. Há melhores e piores descrições, mas não há uma verdade exterior, um critério que possa determinar a correção de um reflexo distorcido. O espelho é a metáfora usada por Rorty para identificar uma filosofia que desconsidera as sutilezas na descrição do mundo e privilegia apenas uma forma de verdade.

Sem surpresas, Rorty também traz ao debate o “segundo” Wittgenstein e os jogos de linguagem para apoiarem sua tese. O reconhecimento de que verdade, mentira, justiça ou injustiça são estabelecidas pelas regras do jogo de linguagem vigente o leva a dizer que a filosofia profissional não tem mais lugar na sociedade contemporânea. A profundidade das questões filosóficas não passaria de devaneio, pois a filosofia não tem um objeto próprio que lhe dê sustentação enquanto investigação séria: a mente é uma invenção, e a ciência não precisa de um fundamento filosófico. A filosofia, na ausência de um objeto exclusivo, seria apenas uma forma de literatura.

Shapiro aborda as consequências políticas dessa abordagem filosófica, contidas principalmente no livro de Rorty chamado “Contingência, ironia e solidariedade”. Nessa obra, as ideias de verdade política deveriam ser abandonadas em nome da racionalidade e civilidade, e a evolução seria um processo contínuo possibilitado, sobretudo, pelo abandono de antigas noções, como a verdade universal e necessária do espelho da natureza. Nas palavras de Shapiro,

Rorty define a verdade, desse modo, em termos de consenso social, e “solidariedade” e a racionalidade como “civilidade” -- o resultado de um acordo baseado na conversação. Ele crê que devemos substituir a filosofia pela hermenêutica e nos satisfazermos com um discurso interpretativo que “mantenha em andamento a conversação”. Sua perspectiva gerou acusações previsíveis de relativismo, das quais Rorty tem a tendência de se desviar de maneira jocosa, sem se comprometer seriamente. (Shapiro, 2006, p. 199-200)³¹

Rorty não reserva sua ironia apenas para os títulos dos livros. Numa obra em que debate com Jürgen Habermas (“Filosofia, racionalidade, democracia”), fica clara descontração que Rorty emprega à discussão, contrariando os argumentos de Habermas no conteúdo e também na forma. Para ele, não há regras universais escondidas na linguagem, sejam transcendentais, como pretende Apel, ou de natureza pragmática, como deseja Habermas. Ele se desvia das acusações de ceticismo e relativismo de maneira irônica ou jocosa, como bem observa Shapiro no trecho citado. Pode-se argumentar que essa atitude é coerente com uma postura cética, mas

³¹So Rorty defines truth in terms of social consensus and “solidarity” and rationality as “civility” -- the result of conversational agreement. He thinks we should replace philosophy with hermeneutics and be satisfied with an interpretive discourse that “keeps the conversation going.” His outlook has produced predictable charges of relativism which Rorty tends to deflect playfully without engaging seriously. (Shapiro, 2003, p. 156)

só convence os dispostos a concordar desde o começo. Para aqueles que levam mais a sério a discussão, soa como desdém, mesmo quando a jocosidade do autor é elegante.

Não obstante o caráter irreverente, Rorty apresenta argumentos interessantes. Uma nova sociedade que reconhecesse as fraquezas de suas verdades e aceitasse uma (re)construção coletiva da ordem pública é uma ideia agradável, ainda mais numa época carente de referenciais. O problema de Rorty é que, seja nas discussões filosóficas ou políticas, é rejeitada, de uma única vez, qualquer aspiração à verdade, com base no engano da filosofia sobre o espelho da natureza. Esse pode até ser um erro do projeto iluminista, diz Shapiro, mas é um erro do iluminismo inicial, que propunha, numa esperança ingênua, a era da verdade, dos direitos e do domínio da natureza através da razão. O iluminismo maduro, pelo menos desde David Hume, já é consciente das limitações de sua proposta, aceita o falibilismo e entende a ilustração como processo, como uma contínua busca de melhores e renovados apoios para nossas crenças.

O iluminismo maduro, diz o autor, possui uma visão da ciência que preenche o espaço entre as pretensões de certeza indubitável e o ceticismo neopragmático de Rorty. Entre a verdade absoluta e o ceticismo existe um amplo espectro de concepções filosóficas que aceitam de bom grado a inconstância do mundo, ao reconhecer que, por mais bem fundadas as nossas concepções, sempre é possível uma ideia mais exata ou, simplesmente, mais satisfatória. O avanço da ciência não se dá com a construção de mais segurança ou mais certeza.

Segundo esse ponto de vista, não é com a produção de conhecimento mais verdadeiro que a ciência progride, mas com a produção de mais conhecimento. O reconhecimento de que as alegações de conhecimento sempre podem ser passíveis de correção é um sinal de superioridade da ciência sobre a opinião, as convenções, a superstição e a tradição, não um sinal de que seja equivalente a elas. Na verdade, como observou Max Weber (1864-1920), parte daquilo que diferencia os cientistas dos praticantes de outras formas de atividade intelectual é que mesmo os melhores cientistas esperam que, no devido tempo, sua obra seja ultrapassada. (Shapiro, 2006, p. 201)³²

³² Science advances, on this view, not by making knowledge more certain but by producing more knowledge. That knowledge-claims are recognized always to be corrigible is a mark of science's superiority to opinion, convention, superstition, and tradition, not its equivalence to them. Indeed, as Max Weber (1864-1920) noted, part of what differentiates scientists from practitioners of other forms of intellectual activity is that even the best scientists expect their work eventually to be superseded. (Shapiro, 2003, p. 157)

Shapiro também observa, com acuidade, que um dos maiores expoentes do iluminismo maduro é, curiosamente, um dos heróis do neopragmatismo de Rorty: John Dewey. O autor do "espelho da natureza" é incapaz de perceber a existência de um iluminismo maduro, a ponto de considerar o pragmatismo de Dewey uma expressão da derrocada do projeto moderno e uma grande prova de que a época atual é contingente, irônica e, com algum otimismo, solidária. O raciocínio é que, se o pragmatista clássico rejeita dualismos e desafia a filosofia tradicional, automaticamente abraça o ceticismo indiferente do neopragmatismo. Rorty é incapaz de perceber que o ceticismo não é a única alternativa ao espelho da natureza.

Dewey não é um cético. Muito pelo contrário, o pragmatista clássico é um dos maiores expoentes de uma forma renovada de iluminismo, aceitando o falibilismo, mas acreditando no progresso ético através da educação e da ciência. Como Rorty, Dewey duvidava de que uma ciência introspectiva como a filosofia profissional fosse capaz de fundamentar o conhecimento. Porém, não era contrário a trabalhar seriamente questões éticas e epistemológicas de forma filosófica. Ele repreendia uma filosofia meramente acadêmica, de filósofos e para filósofos, mas não recusava a filosofia como um todo, nem seu importante papel de investigar noções ignoradas pelo senso comum e pela ciência.

Dewey, como Rorty, era completamente favorável a que se resistisse à ideia de que, antes de abordar essas questões, era melhor desenvolver uma sólida teoria sobre a natureza do conhecimento. Diferentemente de Rorty, entretanto, Dewey acreditava que deveríamos estar prontos para repensar criticamente nossos compromissos mais profundos, quando isso fosse necessário para solucionar problemas específicos. (Shapiro, 2006, p. 202)³³

A partir de uma perspectiva mais abrangente, merece destaque a crença de Dewey, esperançosa e até ingênua, no progresso da humanidade através da ciência. Essa é uma característica típica do iluminismo inicial, e escapa ao distanciamento cético das formas mais recentes de pragmatismo. O clássico autor acreditava, por exemplo, que o desenvolvimento das ciências sociais permitiria se livrar do crime, assim como o desenvolvimento da medicina já avançava na cura das doenças. Sua

³³ Like Rorty, Dewey was all for resisting the idea that we had better develop a cast-iron theory of what knowledge is before getting to these issues. Unlike Rorty, however, Dewey thought we should be willing to rethink our most basic commitments critically when this is necessary to resolve particular problems. (Shapiro, 2003, p. 158)

esperança numa educação democrática também chama atenção (Dewey, 1959), sugerindo-o como um homem bem à frente de seu tempo. Tanto o crime como os problemas da democracia contêm aspectos políticos mais sérios do que a ciência de hoje consegue resolver, e não há esperança, num futuro próximo, de uma solução científica para históricos obstáculos à ordem pública. Ele sabia disso e, ainda assim, tinha esperança.

Ou Dewey está muito à frente do seu tempo, ou é simplesmente ingênuo. A esperança de paz através da ciência é desafiada por invenções como as armas nucleares, que confirmam a antiga ideia de que o conhecimento pode ser usado para o bem ou para o mal. A técnica nem sempre acompanha a ética, e o conhecimento que cura doenças é o mesmo que tira vidas: essas são afirmações que, na essência, não são contestadas pelos pensadores de hoje. É compreensível, que, em uma época de grande otimismo, como o século XVIII, os pensadores prometam a liberdade e a evolução através da ciência, mas é um pouco fora de lugar pensar isso no século XX. É intrigante que um pensador sofisticado e engajado mantenha a esperança, desafiando tantos sinais de decadência.

Por essas e outras, John Dewey merece atenção especial mais adiante. A dúvida sobre ele ser um visionário ou um tolo fica em segundo plano quando se percebe a poesia de se defender o progresso através da ciência, a liberdade através da educação em uma época pouco receptiva a essas considerações. Mais do que um iluminista tardio, Dewey é um homem que desafia o seu tempo; nesse cenário tão curioso, erros ou acertos são secundários.

Voltando às ideias de Shapiro, para o iluminismo maduro a ciência (e uma verdade) é ainda o melhor meio de vencer o moralismo e a superstição, e o progresso da humanidade aparece não por descobertas específicas ou novas verdades, mas pela constante superação dos conceitos estabelecidos e pela produção de novos conhecimentos. Nesse sentido, o Karl Popper da sociedade aberta também é um iluminista. De toda sorte, ao contrário do que Rorty espera, o pensamento de Dewey não aponta na direção de um projeto hermenêutico baseado na aceitação da contingência dos conceitos fundamentais de uma cultura (Shapiro, 2003, p. 159). Numa interessante comparação entre Dewey e Burke, conclui o autor:

Como no caso de Mill, Dewey esperava que o espírito científico se espalhasse por toda a sociedade. (...) Ele partilhava da visão burkeana de que a transformação social é um desafio semelhante ao de se reconstruir um navio no mar; mas, diferentemente de Burke, não acreditava que o único objetivo digno de preocupação fosse o de impedir o afundamento do navio. Ele achava que nossa aspiração deveria ser o aperfeiçoamento dos navios existentes e a construção de navios melhores, que pudessem nos conduzir a novos destinos de maneira mais rápida e cômoda, e pensava que a ciência era fundamental para tal aperfeiçoamento. (Shapiro, 2006, p. 204)³⁴

As verdades são contingentes, provisórias, mas Rorty leva demasiadamente longe as consequências dessa constatação, por ter em vista apenas a arrogância do iluminismo primitivo. O iluminismo maduro, mais consciente das limitações, é sutil e não se envolve nas grandes querelas filosóficas. Uma vez mais, a situação "desesperada e desesperadora" enxergada por Apel é perceptível apenas para uma parte dos filósofos, e os filósofos como um todo são uma parcela com cada vez menos voz na resolução dos problemas da vida comum. Da mesma forma que o iluminismo inicial foi arrogante ao querer limpar o terreno para fundar a idade da razão, a pós-modernidade filosófica de Rorty pretende limpar o terreno para uma era de contingência, ironia e solidariedade. Isso é confiar demais no poder de uma crítica filosófica, confiança que impede perceber obviedades como o fato de Dewey não ser um reformador radical do projeto iluminista. O escapismo irônico do autor é interessante, mas "Contingência, ironia e solidariedade" não é uma teoria social, mas sim um conjunto de conselhos sobre os dilemas filosóficos contemporâneos. Mesmo assim, esses conselhos falham quando pressupõem o iluminismo como uma filosofia monolítica, diante da qual só é possível a adesão ou a rejeição total.

Com o cenário apresentado até agora, é possível perceber com ainda mais nitidez esta importante característica da filosofia contemporânea: a crise da modernidade não é uma tese pertencente a uma escola filosófica, mas um sentimento de desamparo cuja principal causa é a procura (ou rejeição) de uma fundamentação filosófica da verdade. A insistência na hierarquia epistemológica condiciona o debate filosófico, e leva a enganos como os da radical reação de Rorty. Deixando de lado a

³⁴ As was the case with Mill, Dewey expected the scientific mindset to diffuse itself throughout society. (...) He shared the Burkean view that achieving social change presents the challenges of rebuilding a ship at sea, but, unlike Burke, he did not believe that preventing the ship from sinking was the only goal worth worrying about. He thought we should aspire to improve our existing ships and build better ones that could take us to new destinations more quickly and commodiously, and that science was essential to such improvement. (Shapiro, 2003, p. 159)

pretensão de uma verdade superior, as incertezas da pós-modernidade se tornam menos sérias, e o ceticismo resultante mantém uma esperança ausente de "A filosofia e o espelho da natureza".

O pragmatismo clássico é uma das correntes que consegue escapar das armadilhas da hierarquia epistemológica. Essa corrente filosófica não parece, sozinha, capaz de resolver os dilemas da filosofia, mas abre os olhos para um pluralismo que, na pior das hipóteses, traz à mesa uma nova forma de abordar antigas questões, e que pode ser mais adequada a alguns contextos. Propõe-se aqui que um desses contextos é a teoria democrática incorporada pela filosofia do direito de Ronald Dworkin.

4. O pragmatismo de Richard Posner

Seguindo a linha da parte anterior, na qual ao autor de filosofia geral segue um autor de filosofia jurídica, a Ian Shapiro segue-se aqui a abordagem de Richard Posner. Juiz respeitado nos Estados Unidos, professor de Harvard e teórico renomado, um dos principais nomes da análise econômica do direito, Posner oferece um olhar crítico, distinto e atual sobre variados tópicos da teoria jurídica. Nesta tese, não se analisará a postura metodológica da análise econômica que lhe fez a fama, mas suas ideias como pragmatista. Embora admitidamente o autor se considere mais um comentarista e analista de teorias do que um construtor teórico, o conjunto das observações contidas na obra "Para além do direito" constituem uma metodologia jurídica consistente. O jeito aparentemente desleixado de seu texto -- estilo comum a muitos pensadores pragmáticos -- pode dar a impressão de um fraco ou desorganizado raciocínio, mas não nos enganemos. Há, no aparente caos, uma unidade de pensamento e firmes princípios metodológicos que, na análise de temas complexos, deixam pelo caminho inusitadas e inteligentes observações.

Embora o autor anuncie "Para além do direito" como uma obra unitária, com começo, meio e fim, o livro é composto de capítulos independentes, escritos em ocasiões diferentes, sobre temas e objetivos variados. A obra é composta de vinte e seis capítulos divididos em seis partes. A primeira parte cuida da profissão jurídica, numa análise econômica e sociológica que não se restringe à prática judicial dos Estados Unidos, onde o autor atua como juiz de direito. Nessa parte, como nas demais, frequentemente o autor usa sua experiência profissional para sustentar argumentos como "Apenas a força maior é capaz de impedir os juízes de dar asas a seus valores políticos e pessoais quando isso é o que eles querem fazer." (Posner, 2009, p. 207)

A segunda parte fala da teoria constitucional que, mais do que análise de casos resolvidos pela Suprema Corte, esboça uma (anti)teoria hermenêutica de viés pragmatista. Essa parte abre com o quinto capítulo que, com o título "O raciocínio jurídico de cima pra baixo e de baixo pra cima", expressa a metáfora que o pragmatismo utiliza para explicitar as diferenças entre uma teoria dogmática (de cima para baixo) e uma teoria experimental e falibilista (de baixo pra cima). A terceira parte, "Variedade e ideologia na teoria jurídica", como o nome sugere, fala da

influência das mudanças ideológicas na mudança da percepção dos direitos. Essa é uma análise mais histórica, embora contenha bastante teoria. A quarta parte trata sobre sexualidade e raça, ou seja, discute os direitos humanos de gênero, raça e liberdade de expressão a partir de casos judiciais paradigmáticos e da doutrina. Na quinta parte o autor volta à análise teórica, abrindo-a com o capítulo chamado "Afinal, o que o pragmatismo tem a oferecer ao direito?" que, juntamente com o quinto capítulo, acima citado, será visto com mais detalhes na sequência. Na última parte, intitulada "Na fronteira", ficaram os ensaios que não couberam nas partes anteriores. Destaque para o vigésimo quarto capítulo "Retórica, advocacia e raciocínio jurídico", que analisa a partir da teoria econômica o valor da retórica em determinados debates.

Para dar unidade a uma obra tão heterogênea, o autor elabora uma detalhada introdução, em que apresenta as bases filosóficas, metodológicas e políticas. Mesmo que a introdução sozinha não seja suficiente para identificar **uma** teoria do direito, combinada com alguns ensaios se percebe um ponto de vista coerente; há uma ordem no caos e na aparente informalidade da discussão. Os dois ensaios aqui escolhidos para complementar a análise da introdução ("O raciocínio jurídico de cima pra baixo e de baixo pra cima" e "Afinal, o que o pragmatismo tem a oferecer ao direito?") compõem o que se poderia chamar de hermenêutica pragmatista ou pragmatismo hermenêutico, isto é, uma análise histórica, naturalista (e evolucionista) da interpretação dos valores da ordem pública constitucional e da concretização jurídica desses valores. Com tantos adjetivos, fica uma vez mais evidenciada a colagem de ideias que caracteriza o pensamento de Posner. Como ele próprio diz no prefácio,

Não pretendo empreender um trabalho completo de reinterpretação. Porém, mesmo nas áreas às quais não dedico nenhum capítulo "interpretativo", com a do direito constitucional, minhas críticas possuem um aspecto construtivo: apontam o caminho para uma outra abordagem. (Posner, 2009, p. VIII)

Tanto a introdução quanto os dois capítulos comentados são relativamente extensos, e aqui não será feita uma análise detalhada da teoria do autor ou do reflexo desses três ensaios no conjunto de sua obra. Para os propósitos desta tese, mais interessante é perceber o estilo dele ao tratar de temas complexos, que são abordados de uma maneira mais tradicionalmente acadêmica por outros autores. A ironia, o uso de analogias e exemplos, assim como a introdução das categorias econômicas num

ambiente geralmente avesso às ciências empíricas fazem de Posner um pragmatista diferente de Frederic Kellogg, e mais parecido com William James ou John Dewey. Essa despreocupação erudita com a tradição, tão característica do pragmatismo clássico, é um estilo literário rico e difícil de dominar, e leva a frutíferas releituras de temas tradicionais.

Abordagens como as de James, Dewey e Posner inspiram este e os próximos capítulos.

4.1 Uma teoria em três partes

No início da introdução, Richard Posner faz questão de afastar sua análise econômica do direito das tradições do realismo jurídico e dos estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*). O motivo da rejeição é, segundo ele, o exagero que essas duas tradições usam ao contar a história do formalismo jurídico. Segundo a versão rejeitada por Posner, o realismo jurídico teria derrotado o formalismo já na metade do século XX. O formalismo teria revivido com a teoria econômica do direito, e esta teria sido derrotada pelo pragmatismo e pelo pós-modernismo, compostos pela teoria feminista, pelos estudos jurídicos críticos e pela teoria crítica da raça.

Tal versão, em sua essência, não é diferente da exposta por Robert Alexy (e Karl-Otto Apel) ou Luis Recaséns Siches: existiu um formalismo que dominou as mentes dos inconformados órfãos do dogmatismo metafísico, e que felizmente foi derrotado pelas teorias que trazem a ciência de volta à realidade, mostrando que o direito é retórico e histórico, as normas são representações da vontade dependentes dos fatos. Posner observa que "desde Sócrates, sempre houve pensadores influentes que duvidavam da capacidade do raciocínio jurídico de chegar a algo que se pudesse chamar aceitavelmente 'verdade'". (Posner, 2009, p. 2)

O fato de ser antiga não tira importância da tradição crítica; em verdade, se a crítica contra o formalismo é historicamente presente e renovada constantemente, é porque existe algum fundamento na luta intelectual entre formalistas e antiformalistas. No fim das contas, a discussão entre formalismo e antiformalismo é apenas uma manifestação da ordem e desordem, da luta pela vida no caminho para a morte que tanto caracteriza a natureza humana. A filosofia propõe o *logos* ordenador já em seus

primeiros dias, mas até os dias de hoje luta consigo mesma para manter viva a esperança de ordem (Saldanha, 2002). A desordem dos estudos jurídicos críticos ou do realismo radical seriam indesejáveis como visão permanente de uma sociedade jurídica que almeja a ordem, mas o antiformalismo não é em si mesmo algo ruim. A negação e a incoerência fazem parte da natureza humana e auxiliam o progresso das ideias.

Posner tem sua própria filosofia da desordem, mas não tão radical quanto a das teorias de que ele se afasta. Sua teoria é pragmatista (ele se declara como um "neopragmatista"), mas se divide em três partes fundamentais. A primeira é seu fundamento filosófico, inspirado no pragmatismo clássico de Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardozo, juízes como ele. A segunda é o método da teoria econômica que, trazendo elementos novos, instrumentaliza com mais precisão o raciocínio sobre direitos e interesses sociais. A terceira é sua posição política, liberal no sentido iluminista do termo, e inspirada em John Stuart Mill.

Essas três características são interdependentes. Não é possível para o autor defender o pragmatismo sem defender a sua teoria econômica, que se apóia em uma epistemologia pragmática para ultrapassar seu campo e se ligar a temas jurídicos. A forma econômica como ele trata os interesses se alia ao liberalismo ocidental (e norte-americano) ao favorecer a liberdade de negociação e se recusar de valorações interpessoais como as que propunha Bentham (Shapiro, 2003, p. 18-36). O autor deixa claros esses fatores, e se isso é positivo por expor o enraizamento cultural e político de seu ponto de vista, uma análise apressada levaria a crer que a análise econômica do direito e o pragmatismo estão ligados à política liberal, e que ser contrário a este último ponto é ser contrário aos outros dois. Uma análise mais detida, por outro lado, mostra que esses três elementos não podem ser dissociados na obra de Posner, mas isso não significa que outras manifestações do pragmatismo ou da teoria econômica devam assumir uma postura política liberal. O fato de Dewey ter demonstrado simpatia por muitas ideias comunistas indica que a relação entre a filosofia pragmática e a política liberal não é um fato consumado.³⁵

³⁵ O próprio Posner, ao comentar que o liberalismo é a posição política mais compatível com a sociedade pluralista "entre cujos integrantes não há um consenso quanto aos fundamentos da moral"

Vejamos como o autor apresenta cada um dos três elementos de seu pensamento.

a) Pragmatismo

Com a ressalva de que não existe um conceito canônico para a postura pragmatista, Posner define seu pragmatismo, na introdução, a partir de oito características: prático, instrumental, voltado para a frente, ativista, empírico, cético, antidogmático e experimental.

O pragmatismo é prático porque se apega mais às consequências práticas do que ao rigor lógico no emprego de um conceito ou na formação de uma teoria. Por isso mesmo, essa filosofia é também voltada para a frente, pois “valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro” (Posner, 2006, p. 4). Na interpretação e aplicação do direito da tradição norte-americana, isso significa que os precedentes judiciais são vistos como uma diretriz interpretativa, e não como um condicionante das decisões futuras.

A abordagem pragmática é também ativista porque é voltada para o progresso e para a capacidade de execução, “e rejeita tanto o conselho conservador segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as consequências são imprevistas” (Posner, 2006, p. 5). Isso se liga ao caráter instrumental do pragmatismo e, acrescento, à confiança na liberdade e na razão direcionadas para a ação. Essa crença no progresso pela razão é tipicamente iluminista, clássica esperança na liberdade humana e em que é bom produzir mais conhecimento. Frise-se que o termo “ativista” não se refere ao ativismo judicial, tal como esse termo é hoje empregado no Brasil, relacionado ao engajamento político do Judiciário. O juiz pragmatista poderia ter boas razões para manter uma postura conservadora, e seria, assim, um ativista do não ativismo.

justifica desta tímida maneira a relação entre pragmatismo e liberalismo: “o pragmatismo é a filosofia do viver sem fundamentos”. (Posner, 2009, p. 30)

Por menos óbvia ou ingênua que seja essa afirmação, é possível que a falta de fundamentos seja adequada também a outras ideologias políticas. Além disso, é possível que o pluralismo liberal seja causado não pela falta de fundamentos, mas sim pelo excesso deles. De toda sorte, as ideologias políticas não se constroem sobre fundamentos racionais, embora possam ser explicadas posteriormente com base nesses fundamentos.

Da valorização da prática vem o valor dado aos dados empíricos. “Interessa-se pelos fatos e, portanto, deseja estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação” (p. 5). Essa valorização dos dados empíricos, especialmente os científicos, diferencia o pragmatismo de Posner do de Richard Rorty, por exemplo, cuja postura cética considera que todo conhecimento é linguístico e convencional. Esse fato não impede o autor de “Para além do direito” de ser cético em alguma medida, pois o ceticismo em relação a verdades definitivas ou dogmas é característica fundamental da ciência. Existe um respeito pelos fatos e pelas descobertas científicas, mas ao mesmo tempo é mantida uma dose de desconfiança que permite o constante aperfeiçoamento desses dados.

A postura pragmatista é também antidogmática, isto é, desconfia de todo tipo de verdades ou dogmas filosóficos. Para o autor, ao mesmo tempo que a filosofia leva ao esclarecimento, pode levar ao engano. Exibindo uma postura comum a filósofos anglo-saxões, ele acredita que o limite da filosofia é o senso comum: a filosofia não tem o direito de desafiar crenças como a existência de um mundo exterior independente de nós ou a ideia de que algumas proposições são mais verdadeiras do que outras (ou seja, não se pode levar às últimas consequências nem o ceticismo, nem o relativismo). No capítulo sobre teoria constitucional, em que discute os fundamentos morais da proibição do aborto, o autor expõe secamente sua desconfiança da filosofia como fundamentação última do conhecimento:

As razões fundamentais que temos para não matar crianças são, de fato, biológicas e sentimentais; e fornecem bases mais sólidas para uma moral civilizada que a reflexão filosófica, a qual, sabidamente, encontra dificuldades para traçar distinções morais entre computadores, macacos falantes e seres humanos retardados. (Posner, 2006, p. 204)

O pragmatismo é também experimental, ou seja, vê as ciências como “ferramentas que ajudam os seres humanos a explicar e prever” (p. 7), isto é, instrumentos de adaptação do ser humano ao ambiente. Assim, o valor de uma ciência não está na beleza intelectual ou na organização lógica de seus preceitos, mas na diferença que sua explicação faz no conjunto das experiências humanas. Dessa forma, o pragmatismo valoriza o social sobre o natural, isto é, avalia o conhecimento pelo

grau de facilidade que ele traz à vida humana, mais do que sua adequação a algum padrão de excelência exterior ao pensamento e ao senso comum.

Uma das importantes consequências da primazia do social sobre o natural é o reconhecimento de que os valores sociais básicos não têm origem racional, nem podem ser negados por uma análise racional. Isso não é apenas a afirmação de que há lugares em que a ciência e filosofia não podem entrar, mas principalmente a ideia de que essas duas disciplinas só têm sentido quando trabalham a partir desses valores básicos. Os valores, tanto da ordem pública quanto dos interesses individuais, são o ponto de partida de qualquer ciência, filosofia ou teoria política. Isso tem implicações práticas importantes, como mostram os trechos a seguir.

Mesmo as "verdades" que mais obstinadamente defendemos não são aquelas que podem ser provadas, sondadas, analisadas e investigadas, mas aquelas que são tão essenciais a nosso quadro de referências que o questionamento delas, ao abalar outras crenças arraigadas, nos atiraria num estado de desespero e desorientação. Uma prova não é mais forte que suas premissas, e, no fundo de uma cadeia de premissas, habitam intuições inabaláveis -- nossas indubitabilidades, ou os "inevitáveis" de Holmes. (Posner, 2009, p. 5)

Para os pragmatistas, os cientistas não são moralmente superiores às outras pessoas. As características institucionais da ciência é que tornam alta a probabilidade de detecção do erro. (Posner, 2009, p. 7)

Sejam deixadas de lado, por um momento, essas características que Posner dá a seu pragmatismo. Elas são didáticas, mas não revelam seu cerne. O que faz a visão pragmática diferente das visões filosóficas concorrentes não é sua postura ativista, empírica ou antidogmática; isso qualquer filosofia contemporânea professará. O que torna o pragmatismo especial é sua coragem de abraçar o senso comum, de declarar que "Nós raciocinamos a partir de nossas crenças fundamentais e não para estabelecê-las." (Posner, 2009, p. 203) ou a despreocupada afirmação de William James de que o pragmatismo não se caracteriza por uma doutrina, mas por um temperamento (James, 1967), uma disposição para botar em prática uma nova prática para resolver antigos problemas. Ou o próprio John Dewey, quando define o pensamento como uma disposição adaptativa, uma habilidade natural que pode ser estimulada, mas nunca ensinada. (Matos, 2012)

O pragmatismo que chama atenção em Posner, e que é importante para a sequência da tese, não é o que se preocupa em definir como a abdução se relaciona

com a indução e a dedução. O pragmatismo aqui buscado não é o que se preocupa em ser diferente da retórica ou da pós-modernidade; há boas discussões doutrinárias sobre isso, mas não são o objeto aqui. Do pragmatismo filosófico, o que mais importa para esta tese é a consciente aceitação do senso comum, com todas as suas contradições e imprecisões. Ainda que seja um senso comum erudito, lido por filósofos que leram outros filósofos, apenas o fato de que os pontos de partida inegáveis são nossas crenças mais profundas e, portanto, irracionais, abre espaço para incluir nas teorias pragmatistas elementos irracionais, e a discutir a eficiência das metáforas à primeira vista pomposas e inúteis, como as de Bergson, Rawls ou Dworkin. Acima de qualquer outro fator, a aceitação princípios órfãos é o que mais aproxima o pragmatismo da democracia liberal.

b) Análise econômica do direito

Se o pragmatismo é a base filosófica da teoria de Posner, a ciência econômica é o método. O autor é um dos grandes nomes da análise econômica do direito (AED)³⁶, e ele é mais conhecido pelo uso da teoria econômica do que pela profundidade filosófica de suas ideias (Dworkin, 2007). A propósito disso, é precipitada a conclusão de que AED é uma teoria rasa, filosoficamente oca, ou mesmo uma tentativa ingênua de reduzir o direito à economia. Há uma aplicação consciente dos métodos da economia, que pragmaticamente pode ajudar o direito a abordar de maneira diferente questões para as quais ele possui apenas uma linguagem obscura. Diz o autor:

Longe de ser reducionista como pensam seus detratores, a economia é uma ciência instrumental por excelência. Seu propósito não é reduzir o comportamento humano a algum tipo de inclinação biológica ou à faculdade da razão, nem muito menos provar que, nas profundezas de cada um de nós, comandando tudo, exista um detestável "homenzinho econômico". (Posner, 2009, p. 16)

A economia, como o autor a vê, é incapaz de definir quais bens ou valores individuais merecem mais proteção da ordem pública; ela pode ajudar a escolher os meios mais eficientes, mas não a estabelecer os fins. Em consonância com esse raciocínio, Posner não acredita que, aplicada ao direito, a economia deva determinar o

³⁶ Para uma visão geral análise econômica do direito, ver os primeiros capítulos de Coooter; Ulen, 2007.

conjunto de nossos direitos básicos, pois não cabe à ciência definir nossos valores. Nós pensamos a partir de nossas crenças fundamentais, e não para encontrá-las.

Não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo. Porém, quaisquer que sejam estas (algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas), presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento em que for necessário fazer uma escolha. (Posner, 2009, p. 16)

A AED entende os seres humanos como seres racionais, autônomos, que reagem a estímulos e dividem seu tempo e esforço de maneira racional, de acordo com as metas estabelecidas de antemão. É possível que, ao longo da busca, a ordem de preferência se altere, devido à escassez de um recurso como o tempo ou outra alteração das condições, mas é mantido um esquema de distribuição de recursos visando metas. O emprego de termos como "demanda", "custo marginal", "bens", "recursos" ou "maximização" passa a impressão de que a AED é uma forma objetiva e científica de tratar temas sociais; isso seria uma revolução tão grande na maneira de tratar os problemas que, felizmente, a AED não é capaz de oferecer. Ela é apenas uma racional tentativa de, tomando emprestados alguns conceitos de uma ciência social madura, descrever mais claramente casos para os quais a linguagem tradicional do direito não seja, sozinha, suficientemente clara. Isso não é estranho à tradição jurídica, pois historicamente a teoria do direito empresta de ciências ou filosofias alguns de seus conceitos fundamentais.³⁷

É possível pensar que a AED seria incompatível com o pragmatismo jurídico, pois representaria um novo formalismo: trocariam-se as interpretações literais e apego aos precedentes pela objetividade calculada da ciência econômica. Uma vez que a "vida do direito não é a lógica, mas a experiência", como diria Holmes (2011), trocar o positivismo jurídico pelo positivismo econômico não seria avanço algum. O pragmatismo, desconfiado de dogmas e do cientificismo, seria contrário à AED.

³⁷ Veja-se, por exemplo, a importância das estruturas lógicas para as teorias de Hans Kelsen (1998) ou Lourival Vilanova (2010), ou do evolucionismo para os juristas do século XIX. Mais próximo da perspectiva econômica, em 1960 Werner Goldschmidt (2005) definia o direito como "un orden de reparto".

Posner responde a essa dificuldade afirmando que, de fato, a AED oferece ao direito uma forma mais impessoal e objetiva de examinar seus problemas. Nesse sentido, recusa a ideia de que o direito, por ser uma ciência cultural, não obedece a lógica alguma, ou obedece a uma enfraquecida lógica do razoável. Posner não aceita nem o relativismo em questões jurídicas, nem a ideia de uma lógica própria para o direito; para ele, há objetividade e essa objetividade é científica no sentido da ciência natural, do método, da prova e do cálculo.³⁸

Isso pode, por um lado, sugerir que há apenas uma resposta correta para os casos difíceis no direito, como suporia Ronald Dworkin em "O império do direito". No entanto, para o pragmatista a objetividade tem um sentido menos radical:

Para o pragmatista, "objetivo" não significa aquilo que corresponde ao que as coisas *realmente* são. Significa aquilo que é capaz de inspirar respeito entre todos os integrantes de um grupo que subscreva princípios comuns. Na comunidade dos jogadores de xadrez, mover uma torre na diagonal é objetivamente errado; enquanto na comunidade dos cientistas, descruer de certos tipos de dados é objetivamente errado. (Posner, 2009, p. 19, ênfase no original)

Objetividade, aqui, é no sentido de intersubjetividade, semelhante à dos jogos de linguagem de Wittgenstein. Se a economia é o método adequado a algumas discussões sobre o direito, não é porque ela revela mais da realidade, mas porque seu método se mostra mais eficiente para fazer as pessoas chegarem a acordos racionais. Em outros termos, ela não substituiria a ponderação, mas a auxiliaria deixando os termos mais claros. A AED é formalista, no sentido de buscar "métodos de investigação e análise capazes de gerar respostas aceitáveis, embora nem sempre convincentes, até mesmo para as mais difíceis questões jurídicas" (p. 19), mas não no sentido dos economistas tomarem o lugar dos juristas ou alterar profundamente a forma como o direito é interpretado habitualmente.

A economia, assim, nem seria uma ameaça para a tradição jurídica, nem estaria em desacordo com os princípios pragmatistas. Há pensadores pragmatistas que são contra a ideia de ciência, mas o pragmatismo de Posner é simpático ao conhecimento científico, ao vê-lo "como um conjunto de métodos comprovados de

³⁸ Como o pragmatismo, em geral, recusa dicotomias, não aceita a diferença entre ciências naturais e ciências culturais. Desenvolver um método para as ciências culturais é, para o pragmatismo, perda de tempo.

ampliação do estoque de conhecimentos úteis e acertados do ser humano" (Posner, 2009, p. 20). Os pragmatistas jurídicos não se oporiam a aumentar o estoque de conhecimentos úteis da ciência do direito.

Os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais. Mas seria um erro afirmar, como corolário, que os estudiosos do direito deveriam rejeitar toda a teoria. Fatos e teoria não são opostos. (...) O que esses estudiosos deveriam rejeitar é as teorias e investigações empíricas de má qualidade. (Posner, 2009, p. 20)

O autor, intencionalmente, concentra muitas informações na introdução. Ele parece temer que o leitor leia só alguns dos capítulos e o julgue como um economista que, a partir de uma filosofia que rejeita qualquer fundamento, deseja colonizar o conhecimento jurídico através de um novo formalismo jurídico. Reforça esta última impressão o autor levantar a possibilidade, na página 19, de que "a economia deve orientar as decisões judiciais em todos os casos nos quais a Constituição ou a legislação não apresentem a isso nenhuma objeção inequívoca", ainda que depois declare que "a decisão de fazer da economia a lógica do direito não pode ser derivada, ela mesma, da economia".

Posner tem razão em apresentar a economia como uma dócil companheira do jurista. O maior imbróglio não é saber se o direito é mais eficiente se buscar na economia (e nas ciências sociais em geral) novas formas de resolver seus problemas; o maior obstáculo para a AED é provar que não tira das mãos dos juristas o poder intelectual. A eficiência é apenas um dos fatores relevantes na escolha do método jurídico; o poder dos juristas sobre seu território é possivelmente ainda mais relevante. Não é apenas pelos méritos estritamente intelectuais que teoria a Dworkin tem tanta repercussão.

É digna de nota também a imensa dificuldade do autor em definir como se encaixa, na tradição, sua análise econômica. Por mais que ele justifique suas teses com base num iluminismo maduro (i.e., que não alimenta esperanças teológicas em relação à prática científica), há preocupação demais em mostrar independência de outras visões contemporâneas da filosofia do direito. Ele é um autor competente, sobre isso não há dúvida, e suas críticas da teoria tradicional a partir da teoria econômica são alguns dos melhores momentos da teoria do direito recente. No

entanto, o papel construtivo da AED não parece claro nem para ele mesmo. Há vários momentos de hesitação.

Por exemplo, ao se defender da acusação de que deseja "substituir o Estado de direito pelo império dos economistas ou de quaisquer outros especialistas", ele reconhece que o Estado de direito é um "bem público de enorme valor [e] um pressuposto do liberalismo moderno" (p. 19). Assim, as instituições jurídicas tais como são possuem um valor intrínseco para a ordem social em que ele acredita, e não podem ser colonizadas pela economia. Sendo intrinsecamente importante o sistema jurídico tal como é, mas também sendo necessário incorporar de alguma forma a teoria econômica à solução dos *hard cases*, fica indefinido o papel que a economia deve desempenhar. Em relação a essa indefinição -- um desafio teórico de vulto -- o autor se põe na defensiva, alegando ter em mente, quando faz suas críticas, não o direito como um todo, mas

(...) um totem profissional que traduz tudo o que há de presunçoso, desinformado, preconceituoso e espúrio na tradição jurídica. Uma abordagem pragmática pode ajudar a demolir esse totem, que, com a ajuda da análise econômica do direito, pode ser substituído por coisas melhores, mesmo quando estivermos lidando com os temas mais emotivos, politizados e socialmente proibidos que o direito regula, como a sexualidade. (Posner, 2009, p. 19)

Note-se que os adjetivos "presunçoso", "desinformado", "preconceituoso" e "espúrio" não se referem propriamente a teorias, mas a práticas de teóricos ou, se quisermos ir mais longe, aos próprios teóricos. Os adversários de Posner, os quais motivam a proposta de sua AED, têm nomes próprios. Como em Apel, a defesa da teoria não se trata aqui (apenas) de uma motivação intelectual, mas de uma carência moral que precisa de uma solução urgente. Posner é muito pragmático, irônico e seguro de que não pertence a nenhuma das tradições contemporâneas deficientes, não obstante, sua AED vem suprir uma fragilidade demasiado humana: ele não suporta levar às últimas consequências o ceticismo sugerido pelo seu pragmatismo. A ciência lhe devolve a esperança. Assim como Apel encontrou a pragmática transcendental, Posner encontrou a análise econômica do direito.³⁹

³⁹ Isso não significa que as duas teorias são equivalentes. Apenas destaco a semelhança da motivação desses dois autores, e o fato de que ambos estancam a sangria com teorias neófitas.

Há, frise-se, uma diferença importante entre os dois autores: Posner reconhece que sua filosofia é gerada por suas convicções pessoais (afinal, o que mais geraria?). Ele é seguro de suas inseguranças, sabe que seus argumentos têm um alcance limitado, e não pretende transformar a teoria do direito da forma como Apel quer transformar a filosofia. Assumindo o papel de crítico (criticar é mais fácil que construir uma teoria, ele admite no prefácio), ele se vê livre para, com o raciocínio analítico típico de um jurista, desvendar as imprecisões e incoerências em discussões específicas (aborto, raça, homossexualidade, metodologia econômica, leis de livre mercado). Isso abre espaço também para opiniões rápidas, ironias e linhas de argumentação maleáveis. Pelo menos com Posner, a AED se estabelece somente como um (competente) instrumento de provocação.

c) Liberalismo

O autor, demonstrando compromisso com a clareza, também revela suas convicções políticas e a relação delas com a filosofia pragmática e a metodologia econômica. Posner não chega a admitir que suas ideias políticas determinam as duas outras partes do seu pensamento; sua crença no poder da teoria econômica para esclarecer debates jurídicos ainda é grande, mesmo com algumas ressalvas:

Sempre que não se pode decidir um caso por referência à jurisprudência ou alguma lei bem clara, a tarefa do juiz é inevitavelmente normativa. Mas é necessário que a utilização da economia para guiar decisões em casos assim possa ser discutida sem que se mergulhe nas profundezas da filosofia política e moral. (Posner, 2009, p. 22)

Quando não há lei ou jurisprudência claras, a tarefa do juiz é normativa. Nesses casos em que há papel normativo, uma parcela das discussões deve ser conduzida pela AED, mas tal parcela não pode ser determinada nas "profundezas da filosofia política e moral". Muito ajuda se as pessoas evitarem "tratar questões jurídicas verdadeiramente restritas e técnicas como se fossem manifestações particulares de questões sociais maiores" (p. 22). Como exemplos, o direito antitruste deve ser tratado como uma questão técnica de distribuição eficiente de recursos, e não como ameaças a liberdades políticas; casos de direito contratual devem ser resolvidos com base nos custos de transação, e não num conceito metafísico de autonomia do sujeito; o direito penal deve ser trabalhado como meio para diminuir os custos sociais

da criminalidade, e não um suscitador de questões profundas sobre livre-arbítrio e culpa.

A propósito, a análise da criminalidade é um dos pontos mais controversos e ricos da análise econômica do direito, pois deixa a descoberto que a preocupação de um governo com o crime não é moral. Em relação a esse tema, pela carga ética que historicamente o envolve, é dolorosamente realista uma análise contemporânea baseada em custos e eficiência. Para uma análise pragmatista, não surpreende haver um "direito penal do inimigo"; direito penal é sempre do inimigo. Ou, sendo mais preciso, não há um inimigo; o que está em jogo é a eficiência da ordem pública, desestimulando com sanções severas comportamentos que a coloquem em xeque. Nessa conta, não entra um conceito de cidadão e a diferença entre ele e o inimigo.

Posto isso, adverte o autor sobre o seguinte fato:

Nem todas as questões do direito, entretanto, podem ser facilmente traduzidas em questões econômicas. (...) O economista encontra grande dificuldade para determinar com clareza a natureza da questão. É perfeitamente possível analisar, segundo os preceitos econômicos, os custos de forçar uma mulher a dar à luz uma criança indesejada. Mas o que dizer dos custos do aborto para o feto? (Posner, 2009, p. 22)

Não cabe à economia definir se o feto tem direito à vida. Da mesma forma, a economia não pode determinar se as desigualdades históricas causadas pela escravidão dos negros devem ou não ser reparadas agora. O máximo que ela pode fazer é mostrar os custos (não somente econômicos) dos abortamentos clandestinos e se eles diminuiriam com a descriminalização da prática, se seria benéfico se os hospitais públicos o praticassem etc. Sobre a reparação das injustiças históricas, a economia poderia, a partir de dados estatísticos, definir se o caminho adequado é uma porcentagem de vaga nas universidades públicas, se deve envolver também bolsas em universidades privadas ou se há setores melhores que a educação para desfazer a desigualdade. Uma vez definidos os fins, a ciência pode auxiliar a encontrar os melhores meios, mas ela não pode resolver questões de base. Raciocinamos a partir de nossas crenças fundamentais, e não para estabelecê-las.

Por isso tudo, cabe à política definir os interesses. É no espaço público que se constroem e se compõem os valores básicos, os objetivos gerais, o material a partir do qual a ciência e o direito (e a ciência do direito) trabalharão. Eu, como cidadão,

devo me preocupar com a fome de um indígena a milhares de quilômetros de distância, mas não devo me preocupar com a vida sexual de meu vizinho. Isso, para mim e para a parcela da população a que pertenço é uma ideia fundamental, mas não há nada estritamente lógico fundamentando esse raciocínio. As razões para eu me preocupar com a fome de alguém distante e não me importar com o comportamento sexual de um vizinho não é captada pelo raciocínio, se por raciocínio entendemos um pensamento claro e sucintamente demonstrável, com premissas intuitivamente evidentes e conclusões que delas seguem necessariamente. A fundamentação desses direitos é mais complexa, envolve ideias de ordem pública, conceito de pessoa, função do Estado, convicções religiosas, científicas e até a composição de meu círculo de amizade. Posso ser mais tolerante com as minorias se meus melhores amigos ou familiares fizerem parte de grupos minoritários (não necessariamente acontecerá assim, mas de uma forma ou de outra o círculo de convivência tem mais impacto do que a lógica no estabelecimento das convicções fundamentais).

Feitas essas considerações ("pensamos a partir das convicções"), a ordem natural da argumentação pragmática é deixar claras as convicções morais antes para depois fundamentá-las racionalmente, e assim o autor procede.

Quanto a mim, tomo o partido do John Stuart Mill de "A liberdade" (1859), a declaração por excelência dos princípios do liberalismo clássico. Em "A liberdade", afirma-se que toda pessoa tem direito à máxima liberdade -- tanto pessoal quanto econômica -- compatível com a de todos os outros integrantes da sociedade. Nem o Estado nem a opinião pública devem procurar reprimir atos "autorreferenciados", isto é, atos que não causem dano palpável aos outros indivíduos. (Posner, 2009, p. 25)

Justificar-se-ia, então, a opinião de que não importa a vida sexual do vizinho, mas a fome de alguém distante. O comportamento sexual de um habitante do meu bairro não me traz um dano palpável, enquanto uma situação de miséria, mesmo distante, fere um bem importante para a coletividade -- a dignidade da pessoa humana. A natureza abstrata desse direito fundamental sugere haver um grau de arbitrariedade na definição do caráter palpável do dano. Se a questão fosse só a sensação física da fome, ricos mereceriam a proteção do Estado quando sentissem muito apetite. A questão principal, sobre a qual é muito mais difícil estabelecer claramente os limites, é a situação de miséria que ameaça condições básicas de um semelhante. O problema é: por mais que racionalmente nos sintamos compelidos a

ajudar a alguém distante que passe fome, não há nada no conceito de "dignidade" ou "semelhante" que demonstre racionalmente a partir de que ponto o Estado deve agir.

Com tantas variáveis, o conceito de dano palpável é criado pelas experiências concretas, passo a passo. Cada pessoa tem uma ideia sobre esse e outros conceitos básicos. Uma ideia de justiça todos temos, mas ela não é determinada somente pela ciência ou qualquer outro uso do raciocínio; é também forjada nas experiências pessoais, nos relatos de pessoas próximas, na educação formal, nas relações de trabalho e nos meios de comunicação (Dewey, 1959). As experiências do autor em uma sociedade democrática, em meio a intelectuais com segurança financeira, o levam a alimentar sentimentos de autoafirmação e autossuficiência em relação a ele e à sociedade em que vive. O liberalismo que ele defende apoia o cidadão livre e a sociedade tolerante, mas isso se dá em grande parte porque ele foi criado num ambiente que favorece a tolerância e a liberdade.

É consensual na filosofia do direito contemporânea que os valores são forjados pela experiência, e que o contexto histórico fundamenta e provoca a evolução dos conceitos. Posner não fala novidade alguma quando afirma que o liberalismo, ao favorecer o mercado competitivo que depende da autonomia negocial, liga-se à teoria econômica que ele defende. Da mesma maneira, o liberalismo guarda uma relação estreita com a filosofia pragmatista.

[Ralph Waldo] Emerson não é o único elo entre o pragmatismo e o liberalismo. Ambas as doutrinas rejeitam (...) a ideia de encontrar em alguma doutrina abrangente (...) as respostas às questões sobre a realidade e a conduta pessoal. O liberalismo (embora não necessariamente segundo os modelos de Mill ou de Emerson) é a política mais adequada às sociedades entre cujos integrantes não há um consenso quanto aos fundamentos da moral, e o pragmatismo é a filosofia do viver sem fundamentos. (Posner, 2009, p. 30)

Posner dá algumas razões impessoais e objetivas para seu posicionamento político, e nenhuma delas é novidade no debate político contemporâneo. Admite-se que o liberalismo democrático não é uma filosofia política perfeita, nem responde às mais importantes questões das sociedades de hoje, mas é o melhor entre os regimes disponíveis. É claro que há uma ligação emocional dele e de outros autores liberais com os princípios que defendem, mas só essa ligação não seria suficiente para formular as teorias que eles oferecem. As justificativas do liberalismo são pragmáticas.

Ao criar um vasto campo de atividades privadas invioláveis e facilitar o funcionamento do livre mercado, o liberalismo cria as condições necessárias, segundo nos ensina a experiência, para a liberdade pessoal e prosperidade econômica. (...) O liberalismo fomenta as trocas de informação de que depende o progresso científico e tecnológico; arregimenta, sem coerção, o apoio dos cidadãos; maximiza a produção eficiente; estimula e recompensa a competência; previne a excessiva centralização das decisões; enfraquece as rivalidades entre famílias ou clãs e reduz os conflitos ideológicos. (Posner, 2009, p. 26)

Essas razões não compelem apenas aos nascidos em uma democracia ocidental, mas a todos aqueles que consideram como bens intrinsecamente valiosos a liberdade e o progresso do conhecimento. O liberalismo pode não garantir a máxima liberdade a todas as pessoas, mas é melhor ser um fundamentalista numa sociedade liberal do que um liberal numa sociedade fundamentalista. (Rawls, 2006) Esses podem não ser argumentos infalíveis, mas também não dependem de culturas específicas ou doutrinas metafísicas, sendo, no sentido pragmático, objetivos e impessoais.

Mas o liberalismo democrático não é um sistema fechado. O que define o liberalismo é um pequeno conjunto de princípios fundamentais garantidos constitucionalmente e instituições responsáveis pelos limites dos hábitos deliberativos. Há um núcleo moral vindo do pensamento burguês iluminista, baseado na dignidade da pessoa humana e na liberdade de expressão, mas esse conjunto não é suficiente para formar uma doutrina, no sentido robusto do termo; há, além da variação histórica de termos como “liberdade” e “igualdade”, a necessidade de outros elementos para completar um sistema de ordem social (como os procedimentais). Reconhecendo a indefinição inerente à doutrina liberal, mais adiante Posner aceita a ideia de consenso coincidente, de Rawls, como uma boa explicação para os valores de uma sociedade democrática. Não há uma doutrina do liberalismo democrático, mas um conjunto de hábitos institucionalmente regulados, através dos quais é composta uma ideia de ordem pública baseada em valores resultantes da interseção dos interesses individuais.

A natureza heterogênea do pensamento de Posner, e de outros pragmatistas, não é uma fraqueza, mas um sinal de que são doutrinas viscerais. Não existe um encadeamento lógico entre pragmatismo, teoria econômica e liberalismo democrático; existe uma superposição de conceitos derivados de problemas comuns e ligados à vida contemporânea. Assim, fica visível o caráter prático da filosofia pragmática,

obscurecido quando é explicado por princípios como continuidade ou primazia do social sobre o natural. O pragmatismo é uma filosofia de resolução de problemas, e em movimento, longe das definições teóricas, se percebe que suas ideias centrais, sejam filosóficas, metodológicas ou políticas convergem para um conjunto de problemas, e só existem na medida em que instrumentalizam a resolução desses problemas. Tudo que sobra é deixado de lado, e é por isso que as dicotomias e ontologias que ultrapassam o caso específico são ignoradas ou expressamente recusadas, e pela mesma razão classificações aparecem e desaparecem com muita facilidade. Termos básicos (como o hábito em Dewey) são deixados propositadamente sem definição. O pragmatismo é uma forma diferente, e não necessariamente melhor, de encarar os problemas. Mas, sendo simpático ou não a essa forma de resolver os problemas, é preciso reconhecer sua honestidade quando deixa a descoberto a fraqueza e provisoriedade das concepções humanas -- mesmo as mais profundas.

Dado que o pragmatismo nasce e se desenvolve ligado a problemas, vejamos como Richard Posner lida com alguns. Abaixo, será vista sua análise da teoria da interpretação constitucional que, juntamente com a interpretação pragmática do direito por ele proposta, liga o que foi visto nas últimas páginas à filosofia jurídica.

4.2 O pragmatismo e os problemas jurídicos

No capítulo 19, intitulado "Afim, o que o pragmatismo tem a oferecer ao direito?" (Posner, 2009, p. 409-428), o autor mostra como o pragmatismo jurídico se opõe, de um lado, ao formalismo jurídico e, de outro lado, ao realismo jurídico. Dos realistas se diferencia, como já vimos, por acreditar são possíveis julgamentos objetivos e impessoais com o auxílio da ciência (especialmente dos métodos da ciência econômica). Essa não é a opinião de todo o pragmatismo, uma vez que o pragmatismo não é uma teoria homogênea. Para Kellogg, por exemplo, o pragmatismo seria uma constante investigação social, fazendo seu próprio caminho sem necessariamente preferir uma ciência social específica. "Pragmatismo" é um termo cujo significado vem sendo disputado desde o início de sua história, com

Charles S. Peirce e William James, por ocasião de o segundo se distanciar das ideias do primeiro. (Browne, 2003)

Por mais respeitável que seja uma investigação do tipo, na presente discussão há pouco interesse em definir o que o pragmatismo em geral pode oferecer ao direito. Na introdução do livro, tratada com detalhes nas páginas acima, foi feita uma apresentação das ideias pragmáticas, econômicas e políticas do autor. Interessa agora conhecer mais de perto a filosofia jurídica de Posner, bem representadas pelo texto "O raciocínio jurídico de cima para baixo e de baixo para cima" (Posner, 2009, p. 183-211). As citações abaixo e os comentários que as acompanham são uma reconstrução minha, visando posicionar o pensamento de Posner em relação à visão liberal e pragmática à qual também pertence Ian Shapiro. Eles, contemporâneos e contemporâneos, compartilham muitas concepções sobre ciência, progresso e racionalidade da ordem pública, aproximando a política da epistemologia, e justificando seu posicionamento filosófico pela estrutura dialógica típica das democracias constitucionais.

Na discussão sobre Hart, foi visto que a ideia de positivismo da tradição anglo-saxônica da filosofia do direito é diferente da ideia continental, ligada ao legalismo exegetico e à interpretação dedutiva. Enquanto, na tradição continental, o nível de liberdade dado ao juiz para fugir da letra da lei é o centro das discussões, na tradição anglo-saxônica a fonte de autoridade é o protagonista. Hobbes (2004) e Austin (2002) são as grandes figuras do positivismo inglês por terem consagrado a ideia de que o direito é uma ordem (em forma de lei) que deve ser cumprida, ao contrário do modelo racional do *common law*, de origem espontânea e jurisprudencial. Embora tanto a tradição continental quanto a tradição anglo-saxônica se refiram ao método como forma de poder, a ênfase desta última no direito como poder político as diferencia.

Para o grupo com o qual Posner dialoga, a protagonista é a autoridade, mas uma autoridade constitucional. Aqui, entende-se que a autoridade vem, democraticamente, de várias fontes diferentes, e é mediada pelos princípios e procedimentos constantes na constituição. Não há uma mudança radical de paradigma em relação à doutrina clássica; nas discussões sobre a interpretação constitucional ainda tem um grande peso o tema da autoridade. Quando, por exemplo, Dworkin

discorda de Hart e sugere os princípios morais como fonte de direito nos casos difíceis, não há a constatação de um erro básico na teoria expressa em "O conceito de direito". O que ocorre é uma mudança de ponto de vista, que acrescenta os valores morais democráticos à ideia de Hart de que o hábito dos juristas definiriam, sem atrito, o caminho da interpretação. Para Dworkin, há atrito, porque a confluência dos interesses em uma democracia é essencial para a interpretação jurídica, sendo necessário garantir que nos casos difíceis será mantida a integridade da ordem pública. O debate entre Hart e Dworkin parece sem importância às vezes, dada a proximidade filosófica dos autores. De fato, não há um choque frontal entre as duas visões, se nos ativermos apenas aos elementos essencialmente teóricos. (Leiter, 2003) No entanto, a pequena mudança conceitual de Dworkin, agitando as águas calmas do hábito, abre caminho para discussões muito mais amplas na prática jurídica. A teoria do direito se torna política.

O reconhecimento, por Posner, do pluralismo e do choque de ideias na interpretação jurídica é o que o faz identificar e reagir contra uma forma particular de formalismo. O formalismo, para ele, não é representado por uma teoria política absolutista, nem somente por um método de interpretação estrita do texto da lei, mas pela tentativa de reduzir os fatores de que depende o pensamento jurídico e pela tendência dos juristas a resolverem os problemas de maneira autorreferenciada. Em suas palavras:

Talvez o formalismo jurídico seja um engodo. [Pois] nenhum formalista moderno crê que o raciocínio jurídico, mesmo em sua forma mais "perfeita", tenha uma estrutura axiomático-dedutiva como a da geometria. Ainda assim, a maioria dos juristas, juízes e professores de direito continua acreditando na possibilidade de encontrar, para a maior parte das questões jurídicas, mesmo as mais difíceis e polêmicas, respostas (é necessário que as encontre) precisas e demonstráveis e não meramente plausíveis e aceitáveis, fundadas seja nos textos jurídicos revestidos de autoridade, seja nas leis (incluindo-se as constituições) ou nas decisões judiciais; sem recorrer, portanto, às teorias, aos dados, às noções ou aos métodos das ciências sociais nem a valores pessoais ou políticos -- em outras palavras, sem penetrar no mundo dos fatos e dos sentimentos. (Posner, 2009, p. 20-21)

O problema do método não está na discussão entre se ater à letra da lei ou a dar liberdade demais aos juízes. O problema é de ordem mais geral, e inclui uma imagem egocêntrica alimentada pela prática do direito (Bourdieu, 1989), um cartel que vende uma imagem de exclusividade e autossuficiência. Não basta buscar a

certeza; para o formalismo, além de existir uma resposta certa, essa resposta deve ser encontrada dentro do mundo jurídico, jogando o jogo de linguagem privativo dos juristas. Os inimigos de Posner podem ser processualistas ou constitucionalistas, filósofos ou sociólogos do direito, legalistas ou ativistas, desde que proponham, equivocadamente, a capacidade total e exclusiva dos conceitos jurídicos para resolver os problemas do direito.

O pragmatismo do autor é eclético e científico. O formalismo que ele combate, ao não ser ligado a escolas ou tendências específicas da teoria do direito, pode aparecer em qualquer uma delas. É como uma doença que contamina algumas tendências do pensamento jurídico e que, uma vez curada, permite às teorias recuperar a coerência. O pragmatismo dele é a cura para as doenças do formalismo, deixando intacta a parte saudável que cada uma das tendências jurídicas tem a oferecer. É um antídoto teórico.

O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática quanto antiempírica. (Posner, 2009, p. 421)

Conceitos usados no direito, como liberdade, causalidade e contrato, muitas vezes são empregados erradamente pelos juristas como se fossem realidades independentes, e não como instrumentos teóricos que auxiliam o entendimento. Os conceitos jurídicos não existem como paredes e árvores, nem podem ser tratados como realidades mentais independentes e invariáveis. Um erro do formalismo jurídico é imaginar conceitos tão reais que "prejudicam o pensamento em vez de auxiliá-lo, o que as torna 'metafísicas', no sentido pejorativo da palavra". (Posner, 2009, p. 420) O direito exagera quando afirma que algumas "promessas são contratuais, o que quer dizer que são executáveis judicialmente; mas não se segue daí que elas são executáveis por serem 'contratos'". (Posner, 2009, p. 422) O formalismo jurídico toma o símbolo como causa de uma obrigação jurídica.

Isso não significa que a missão do pragmatismo seja identificar e estourar todos os "balões metafísicos", pois não é necessária a existência no tempo e no espaço para que uma ideia tenha validade num jogo racional. (Quine, 1951) Há utilidade nos símbolos que o direito cria. (Ross, 2004) Por exemplo, a ideia de que somos agentes

livres e que podem ser culpados juridicamente de suas escolhas pode ser chamada de "livre-arbítrio", sem que isso leve a uma investigação sobre a essência do livre-arbítrio e sua particular forma jurídica. O uso estritamente técnico dessas expressões é útil às ciências sociais.

Desse modo, embora o livre-arbítrio e a intenção tenham um lugar insignificante ou nulo no jogo da ciência, podem ter um lugar no jogo dos juízes. Novamente, então, vemos o pragmatismo destruir argumentos de má qualidade (por exemplo, que as pessoas possuem uma "faculdade" da "vontade", que determina as escolhas delas) em vez de resolver questões práticas, como a de se devemos continuar empregando a "ficção" do livre-arbítrio no direito. (Posner, 2009, p. 420-421)

O erro do realismo jurídico, para Posner, é exagerar no peso das críticas, estourando todos os balões metafísicos. O pragmatismo não rejeita toda e qualquer ficção, pois essa filosofia é o instrumento para, a partir da indicação de erros visando a coerência na prática, identificar o uso indevido ("metafísico") das ficções da ciência jurídica, deixando intactos os usos devidos. Uma das medidas para alcançar esse fim é diminuir o isolamento da ciência jurídica, aproximando-a de ciências sociais como a economia.

Quando Dewey escreveu "Logical method and law" (1924), aproximou o pragmatismo jurídico do realismo, e Holmes não fez diferente quando, em "O caminho do direito" (2002), afirmou que a ciência do direito consiste em prever como os juízes decidirão os casos. Ainda que Dewey sempre tenha se mostrado um pragmatista preocupado com as consequências a longo prazo e Holmes tenha esboçado pensamentos mais consequentes em outros textos e em seus julgamentos, uma impressão ficou: o pragmatismo, valorizando as consequências acima de tudo, não se preocuparia com manter a coerência entre as decisões jurídicas particulares e o sistema de direitos. Dworkin (2003), ao defender sua teoria do direito como integridade contra o pragmatismo, põe como principal característica deste último um utilitarismo de curto prazo, cego aos efeitos deste sobre o sistema de valores.

Diferentemente dessa versão pobre do pragmatismo, o de Posner (e o dos pragmatistas clássicos) é consequente. O conceito central da filosofia pragmática, o de que uma ideia deve ser medida por suas consequências práticas, é maleável. "Consequências práticas" é só uma maneira de recomendar a economia conceitual,

evitando ideias desnecessárias; é um filtro de relevância. O pragmatismo se caracteriza por um rígido critério de relevância, mas isso não significa que só considere as consequências de curto prazo.

As consequências importantes para o pragmatista são tanto as de longo quanto as de curto prazo; são tanto as sistêmicas quanto as individuais; a importância tanto da estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais; a importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que se respondam inteligentemente a circunstâncias não vislumbradas por seus idealizadores. (Posner, 2009, p. 423)

Em relação às teorias com as quais dialoga, o autor não toma partido; o pragmatismo não toma partido. Alegações de que se devem respeitar os laços orgânicos entre gerações ou que se deve respeitar um dever de coerência “não tendem a sensibilizar o juiz pragmatista. É sempre possível, contudo, que alguma linha do discurso jurídico formalista” (p. 423-4) seja adotada por esse mesmo juiz. Ainda que seja necessário decidir um caso com base em convicções políticas, é necessário ser cauteloso e navegar “harmoniosamente, na medida do possível, por entre as vias da mudança, sem agitar desnecessariamente as águas da política”. (p. 427) É um ecletismo ponderado, cujo maior representante é o juiz Holmes, louvado com entusiasmo na página 209.

Uma área da teoria do direito que merece grandes doses do antídoto pragmatista é o direito constitucional. Para Posner, este é o hábitat natural do formalismo contemporâneo.

O atual bastião do formalismo jurídico não é o common law, mas a interpretação das leis e da Constituição. É aqui que encontramos as mais influentes tentativas contemporâneas de derivar decisões jurídicas através de métodos superficialmente afins à dedução. (Posner, 2009, p. 422)

Uma teoria constitucional abrange, ao mesmo tempo, o conjunto de direitos básicos, que fundamentam a ordem jurídica e os casos difíceis que forcem a revisão desse conjunto de direitos. O direito constitucional é, ao mesmo tempo, uma teoria do direito (como procedimento positivo) e uma teoria da justiça (como revisão e fundamentação de valores). É aquilo a que Marcelo Neves (2008) chama, inspirando-se em Niklas Luhmann, de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e

político. Um campo fértil, portanto, para alguém que propõe revisar a teoria do direito com base numa teoria que mistura filosofia, ciências sociais e convicções políticas.

Há, segundo o autor, duas tendências na teoria constitucional: o raciocínio "de cima para baixo" e o raciocínio "de baixo para cima". Nas palavras do autor:

No raciocínio de cima para baixo, o juiz (...) inventa ou adota uma teoria sobre algum campo do direito, quicá sobre o direito em geral, e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos decididos, bem como para inventar justificativas para estes; ou, ainda, para ampliar seu alcance e fazer com que se encaixem na teoria, gerando-se assim, em cada novo caso que surja, um resultado coerente com a teoria (...)

No raciocínio de baixo para cima, que inclui conhecidas técnicas do jurista, como o "raciocínio por analogia" e a interpretação conforme o "sentido ordinário", o indivíduo parte da letra de uma lei ou outra promulgação, ou então de um caso ou conjunto de casos, mas não vai muito longe. (Posner, 2009, p. 184)

Em poucas palavras, o raciocínio de cima para baixo é dedutivo, e o raciocínio de baixo para cima é indutivo ou por analogia. O primeiro possui uma teoria geral da qual deriva as decisões individuais, e em relação à qual as novas decisões devem manter coerência; o segundo não possui teoria alguma de antemão, e chega a um entendimento de acordo com o caso concreto (a partir da semelhança, contiguidade temporal ou espacial, diria Hume [2004]). O autor critica as duas formas de ver o direito, adotando um posicionamento eclético, embora não necessariamente mediador. Sua análise é sobre casos concretos do direito constitucional norte-americano, mas por questões de simplicidade, serão abordadas aqui apenas as conclusões teóricas que ele extrai deles, e não a discussão sobre o significado específico das cláusulas constitucionais do sistema jurídico estadunidense.

Na teoria constitucional, o tipo de raciocínio mais comum é o de cima para baixo, que geralmente enfatiza um princípio já contido na norma ou incorpora um elemento externo, como uma democracia representativa, um liberalismo anárquico, uma concepção igualitária dos direitos civis ou uma reforma socialista⁴⁰. Para os teóricos desse tipo, a interpretação constitucional deve promover um valor ou conjunto de valores. O ato de interpretar é um dever político que, deixando de lado o caráter fragmentado do processo legislativo, identifica a alma que subjaz às instituições. (Savigny, 2002)

⁴⁰ No Brasil, esse foi o caso do direito alternativo. Para uma história dele, Oliveira, 2004.

Quando se considera jurídica do *common law*, o raciocínio de baixo para cima vem logo à mente. Poderia se supor, então, que o direito constitucional norte-americano seria uma construção paulatina de entendimentos gerais a partir de decisões concretas do judiciário. Assim, a teoria da interpretação constitucional seria algo muito próximo do modelo investigativo de Holmes. No entanto, o que ocorre na prática é a contaminação formalista desse modelo e a fixação de uma interpretação oficial a partir de um conjunto limitado de casos paradigmáticos. Essa tendência é definida por Renato Treves (2004) como uma teoria que, fundada por um lado na tradição jusnaturalista e nos princípios do Estado de direito, é acompanhada de um método de interpretação que subordina o jurista a opiniões selecionadas e defende uma concepção sistemática (unitária, coerente e completa) do direito. (Larenz, 1989)

Refiro-me ao *case method*, que estudava o direito com base não já nos precedentes, isto é, a *ratio decidendi* das decisões anteriores, mas sim em uma seleção predisposta de casos particularmente importantes aos quais era atribuído um caráter normativo. (Treves, 2004, p. 110)

Posner ilustra a abrangência do método nas escolas de direito norte-americanas com sua experiência pessoal.

E todos nós, juristas, lembramo-nos de nosso primeiro dia na faculdade de direito, quando levamos para casa a tarefa de ler, para cada uma das disciplinas, não um resumo ou uma abordagem teórica de cada área, mas um caso -- um caso, ademais, que deveria se situar a meio caminho do desenvolvimento histórico ou lógico de cada área e não no início deste. (Posner, 2009, p. 186)

Uma teoria de cima para baixo, como a de Dworkin, colhe um pequeno conjunto de princípios fundamentais e interpreta o ordenamento jurídico a partir deles. Uma teoria de baixo para cima colhe um número pequeno de casos e generaliza sua linha de interpretação para casos semelhantes. O formalismo pertence às duas tendências; as duas reduzem o espaço de raciocínio, fechando a interpretação a princípios ou a casos paradigmáticos. Como um bom pragmatista, Posner classifica o formalismo pelos efeitos: os efeitos das tendências em tela é reduzir as interpretações a uma moldura que declara, arbitrariamente, a independência do raciocínio jurídico.

Já foi visto que Posner recusa uma natureza independente ao raciocínio jurídico, e defende um maior papel para as ciências sociais, principalmente a economia, nas decisões dos casos difíceis de direito. A filosofia pragmática ajuda a

desmascarar os erros metodológicos do raciocínio jurídico autônomo, identificando, por exemplo, a fantasia de um raciocínio analógico espontâneo. Os casos semelhantes não se acumulam de forma automática, mas precisam de um critério de seleção e comparação que, muitas vezes, é arbitrário ou dogmático. O raciocínio analógico é importante para **testar** teorias, mas não é adequado para **formular** teorias.

O significado da ideia de raciocinar "de" um caso a outro, cerne do raciocínio jurídico de baixo para cima, também é obscuro. Soa como indução, método que, de Hume a Popper, causou sérios problemas para os filósofos. Grande parte do chamado raciocínio por analogia no direito é, na verdade, uma forma indireta de raciocínio lógico. (...)

É preciso que exista uma teoria. Não podemos simplesmente ir de um caso a outro indiscriminadamente. Não podemos dizer: Não tenho nenhuma teoria sobre a privacidade, sobre o devido processo legal ou sobre qualquer outra coisa; porém, dado o caso Griswold, segue-se Roe. É preciso saber o que há em Griswold que determina Roe. Griswold não nos diz o quão abrangente ou restrita deve ser nossa interpretação de Griswold. (Posner, 2009, p. 187)

A análise de caso é útil para testar o alcance de uma hipótese e fixar, a partir de problemas, o significado dos termos jurídicos. Porém, para estabelecer um rol de casos paradigmáticos, são necessários critérios de seleção, e esses critérios, apesar de decisivos, não dependem dos casos que classificam; o critério de classificação não depende do que classifica. Há muito de arbitrariedade, intuição e acaso no raciocínio jurídico de baixo para cima, mas o *case method* tenta ocultar esse fato, transformando o raciocínio analógico em uma nova forma de dogmatismo.

Ao lado do raciocínio por analogia, uma outra característica do raciocínio de baixo para cima é o hábito de discutir analiticamente, em abstrato, o significado dos termos. Por exemplo, é possível considerar a queima de bandeiras uma prática protegida pelo direito, uma vez que o discurso político é protegido pela constituição, e a queima de bandeiras é usualmente uma forma de protesto político. O autor atenta para o fato de que não é óbvio que o significado de "liberdade de expressão e de protesto" englobe a queima de bandeiras, porque pode se considerar, por exemplo, que os símbolos da nação são mais importantes do que a liberdade de expressão. Para chegar à conclusão de que queimar uma bandeira em protesto é um ato protegido pelos direitos políticos, é necessário ter uma teoria da liberdade de expressão antes, conhecendo os limites práticos de um ato de protesto e até que ponto são sagrados os símbolos da pátria. É pacífico que imaginar casos limítrofes ajuda a compreender o

significado de uma expressão normativa, mas também é certo que não há nada no significado puro das palavras que determine a classificação de um caso novo. Dito de outra maneira, a análise de casos ajuda a definir as fronteiras de significado, mas é arbitrário, do ponto de vista do significado dos termos, se o território deve ser ampliado ou reduzido.

Em si, a arbitrariedade do significado não é novidade na teoria do direito. H.L.A. Hart já mostra, com a metáfora da zona de penumbra, que o significado dos termos da lei é elástico e existe uma dose de arbitrariedade (discricionariedade) quando para o julgador aparece um caso limítrofe. A metáfora da moldura, de Hans Kelsen, é uma proposta assemelhada, mas com a diferença de que os limites de uma moldura são mais definidos do que os limites de uma sombra. Para o jurista analítico, fazem mais sentido os limites rígidos da moldura, uma vez que a ideia de determinar em abstrato o significado dos termos de uma lei é "irresistível para a maioria dos juristas, por habilitá-los a tirar conclusões sem ter de ler muito mais que aquilo que está nos livros de direito." (Posner, 2009, p.189)⁴¹

A dança retórica de significados tem uma função prática no direito, pois fixa entendimentos e abrevia discussões que, em outros termos, nunca chegariam a uma solução. O direito precisa decidir, e quanto antes houver consenso sobre uma interpretação, melhor. Para reduzir a quantidade de casos difíceis, é preciso lançar mão de instrumentos que diminuam o número de informações relevantes, e a análise abstrata de conceitos é eficiente nesse sentido. Não há nada intrinsecamente errado com a analogia e a formulação de tipos e hipóteses a partir do vocabulário disponível, mas há problemas se ocorre a hipertrofia desse método. No afã de solucionar os casos com suas próprias ferramentas, o direito por vezes artificializa o processo de solução de casos difíceis.

Esse mesmo afã está presente também na teoria jurídica de cima para baixo, com a diferença de que os significados são discutidos no contexto de uma teoria abrangente, em vez de caso a caso ou cláusula a cláusula. Dworkin, o alvo preferido de Posner, recusa a ideia de que o direito é uma colcha de retalhos formada por leis de

⁴¹ Note-se como, no Brasil, foi discutido que, para ser protegido pelo direito, o aborto de anencéfalos deveria ser coberto por alguma das hipóteses de exclusão da ilicitude. O dano psicológico à mãe foi trazido ao debate, numa maneira de afirmar **já estar** implícita no Código Penal a permissão. O direito nunca admitiria que a hipótese viesse totalmente de fora do código.

diferentes épocas, promulgadas com interesses políticos em contextos distintos. Não é que o autor de "O império do direito" veja a interpretação legal como algo simples, mas acredita ser possível ultrapassar a incoerência dos inúmeros textos com a inclusão de valores morais na interpretação jurídica. Assim, Dworkin recusa até mesmo uma teoria modesta, que explique alguns princípios constitucionais, mas deixe outros de lado. A teoria deve incorporar todo o direito, e a interpretação de uma cláusula deve ser coerente com a interpretação de outras cláusulas, assim como deve fornecer uma correta descrição das decisões passadas e justificar as decisões futuras.

É uma proposta ousada, mas Dworkin se encontra, como Apel, em uma situação "desesperada e desesperadora", não aceitando de bom grado a ideia de Hart de que a existência e conteúdo de uma lei podem ser identificados sem referência à moralidade. (Hart, 1983) Para Dworkin, os valores morais são a única solução viável para a crise de racionalidade e legitimidade política do direito.

Sua teoria constitucional é exposta como um dever, uma obrigação dos juízes. Não se fala da essência, ou da única concepção de liberdade, mas de uma concepção ou uma definição defensável. Isso é relevante, pois Dworkin não admite que há sempre uma única resposta correta em casos difíceis, mas sim que se deve agir **como se** houvesse uma resposta correta. Essa busca de valores absolutos, ainda que outras pessoas possam ter seus próprios valores absolutos, caracteriza a filosofia de Dworkin como um chamado ao engajamento, e não a constatação de que os valores morais são uma realidade já pronta. O interessante da teoria do autor é que ele chama ao engajamento moral, mesmo sabendo que a moral pública é um tema controverso. Ele sabe que os valores morais não resolvem. Por que, então, insiste? Posner tem uma opinião a respeito.

Os americanos gostam de pensar que a Constituição os protege até mesmo de monstruosidades políticas que não se encaixam direito em uma cláusula ou outra. Esta é a atração prática que faz da Constituição um tecido que se regenera automaticamente quando perfurado ou rasgado. (...) Não são apenas os modismos acadêmicos que tornaram a teorização sobre a Constituição uma atividade maior, hoje, que há um século. (Posner, 2009, p. 200)

A razão principal é a emoção. Os juristas -- e os cidadãos em geral -- precisam sentir que seu direito não é um castelo de cartas. A ideia que vigora no imaginário coletivo é a de que o direito pode proteger o cidadãos dos abusos do

poder. Uma das formas de reforçar esse sentimento é através da razão, ou melhor, de uma razão que possa mostrar com objetividade que proibir o aborto está errado (ou certo). Não basta ter uma demonstração de que a decisão jurídica se segue de princípios morais; é preciso mostrar que qualquer opinião contrária é equivocada. Na obra "O domínio da vida" (Dworkin, 2009), argumenta-se que o direito a abortar é decorrente do direito de liberdade religiosa, pois as pessoas não são obrigadas a aceitar a sacralidade da vida do feto. Assim como o direito não pode se intrometer no ateísmo de uma pessoa, não pode exigir que uma pessoa respeite o direito sagrado do feto à vida. Dworkin argumenta de forma magistral, mas nem isso é capaz de tornar óbvia a solução a essa difícil questão moral.

Se o pessoal antiaborto esteve meramente equivocado todos esses anos, é curioso que ninguém tinha sido capaz de colocá-lo no caminho certo antes de Dworkin escrever seu livro. (...) [N]enhuma das armas do arsenal do filósofo analítico ou do especialista em raciocínio jurídico conseguirá, ou deveria conseguir, demover uma pessoa para quem o feto é um ser humano e o abortista, um assassino. Assim como outras crenças fundamentais, estas vivem abaixo da razão. Nem por isso valem menos. (Posner, 2009, p. 201)

Nessa passagem se percebe que Posner é contra a abordagem de Dworkin (e também contra a de Rawls, como se verá depois). Isso acontece pelo ceticismo de Posner em relação ao poder da filosofia para resolver questões morais profundas. Esse ceticismo pragmático não é simplório, do tipo que nega a validade de qualquer argumento e o relega "apenas" a motivos pessoais ou ocultos; o pragmatismo **agradece** pelas nossas razões mais profundas não se deverem a um raciocínio articulado. A filosofia, ainda mais no estágio atual, é incapaz de provar a diferença entre um feto e uma criança, ou entre o homicídio e a eutanásia. O que define nossas opiniões sobre essas delicadas questões é a formação, o conjunto difuso das nossas experiências, a nossa carga genética, a intuição, o calor do momento e até nossos segredos. Não há nada intrinsecamente errado nisso, como também não há problema em usar a razão para refletir sobre nossas convicções mais profundas e examinar sua coerência com o restante de nossas crenças. O erro do formalismo é ignorar a tenacidade dessas crenças, e crer que podem ser modificadas por uma demonstração lógica. Mesmo as complexas argumentações de Dworkin são capazes de modificar apenas a mente dos indecisos, isto é, aqueles que não têm uma opinião formada ou um interesse particular em defender uma posição ou outra.

A visão pragmática também não nega que se utilizem teorias filosóficas para auxiliar na interpretação de textos normativos, mas exige que elas não reduzam a complexidade da discussão. Elas devem ser flexíveis, permitir exceções e serem passíveis de modificação se em confronto com os dados empíricos. Um bom juiz deve sim exercer o bom senso e a prudência, mas não escolher uma teoria moral abrangente e decidir com ela do início ao fim, prestando contas a um virtual princípio de integridade. Holmes, o grande exemplo para Posner, confiava em seu instinto, e dizia em privado que toda lei que não lhe causasse repulsa imediata seria constitucional. Claro está que ele não utilizava apenas os dados instintivos para decidir, mas a valorização do instinto é uma marca do pragmatismo, e ressalta a simpatia do pragmatismo em geral com a teoria evolucionista (Dworkin tem um artigo intitulado "Darwin's new bulldog" [1998], uma "homenagem" a Posner). O instinto não é necessariamente irracional, pois nossas reações instintivas são resultado de um processo adaptativo; não são fruto do acaso, mas sim uma forma de pensamento. Isso não significa, insisto, que a reação instintiva seja suficiente para formar um juízo equilibrado.

Um juiz responsável não se contentará com uma simples enunciação de valores. Não ignorará as objeções nem deixará de testar a coerência de seus valores, explorando casos hipotéticos dentro do campo semântico de sua afirmação. Também procurará informar-se mediante uma investigação empírica mais inquisitiva que aquela de costume nos votos judiciais. A prudência determina que, antes de reagirmos vigorosamente a uma coisa, procuremos obter a ideia mais clara possível do que essa coisa é. (Posner, 2009, p. 205-6)

Holmes também confiava na sua razão, e utilizava uma "curiosa mistura de pragmatismo, darwinismo social, positivismo lógico, vitalismo, entre outros 'ismos'" em suas decisões judiciais". Como visto anteriormente, Holmes não tem uma teoria do direito, nem mesmo se declarava um pragmatista. Sua mente privilegiada conseguia enxergar algumas linhas de coerência no confuso tecido da realidade social, mas isso não se devia a uma grande teoria ou a um conjunto de princípios morais. Devia-se muito mais à prudência, a mesma dos romanos, narrada com maestria por Francesco Carnelutti em "A arte do direito" (2007). Essa prudência é uma arte que não está ao alcance de qualquer um, pois é necessário um intelecto ao mesmo tempo eclético e sensível às peculiaridades do caso concreto. Essa aparente incoerência, ecletismo e ceticismo caracteriza o pensamento pragmático mais do que a

dependência das "consequências práticas"; o pragmatismo não tem forma definida. É uma tradição que iniciou no clube metafísico de Boston, mas que assumiu formas variadas ao longo do tempo; é uma corrente de pensamento de todos e de ninguém. Não é por acaso que Holmes é considerado o maior juiz pragmático, mesmo sem ter aderido expressamente ao pragmatismo ou a qualquer outra tendência filosófica.

Na teoria política em geral, uma visão como a de Posner ou Holmes não é majoritária. O pragmatismo, além de não vender a imagem de grande construção intelectual, não é fácil de compreender. Um estilo eclético como o de Holmes exige uma grande erudição; a prudência no sentido clássico também exige grande erudição. Hoje, como antes, um grande e prudente intelectual talvez não seja o modelo ideal de juiz. A sociedade exige do direito não uma grande erudição, mas a habilidade de resolver problemas complexos. Essa habilidade é reforçada pela crença em valores morais ou racionais que se situam acima da ordem político-jurídica, que garantem que o tecido do direito se regenere sozinho.

Um jurista como Holmes reconhece os problemas de raciocinar no alto nível de abstração requerido pelos princípios constitucionais, mas isso não convém à natureza prática do direito. O direito precisa de respostas, não de ressalvas. Veja-se por exemplo o tipo de raciocínio proposto por John Rawls, para quem o direito de aborto até três meses de vida decorre de qualquer equilíbrio razoável entre três valores políticos fundamentais: o respeito à vida humana, a reprodução ordenada da sociedade política ao longo do tempo e a igualdade das mulheres como cidadãs. É concebível, pragmaticamente, uma argumentação que chegue a essa conclusão a partir desses três princípios, mas também é concebível uma argumentação que chegue à conclusão de que o aborto deve ser proibido com base nesses mesmos princípios (bastaria considerar que o direito à vida humana supera os outros dois).

Um dos grandes problemas de formalistas como Rawls e Dworkin é pensarem que, a partir de conceitos generalíssimos como os princípios democráticos, seja possível deduzir racionalmente uma única conclusão. Ainda que fosse possível deduzir medidas concretas de conceitos tão abstratos -- não é possível -- intelectuais tendem a considerar que as discussões democráticas possuem o caráter racional do discurso acadêmico. A discussão política e a argumentação judicial não são racionais

debates acadêmicos (e até mesmo debates acadêmicos nem sempre são exemplo de racionalidade).

Shapiro (2006, p. 245-300) ilustra a insuficiência do modelo acadêmico quando discute a democracia no iluminismo maduro. Para esse autor, a função da democracia não é garantir racionais e ponderadas decisões políticas. No iluminismo maduro, a democracia se caracteriza pela participação, e não pela natureza científica ou eficiência de um modelo procedimental.

Na verdade, a tradição democrática conta com recursos claros para enfrentar essa questão [do pertencimento a uma ordem], porque a base de sua legitimidade assenta-se na ideia causal de se ter um interesse afetado. **Isto é, a razão pela qual certamente a democracia é defensável é que, quando se trata de uma decisão que afeta as pessoas, elas devem ser ouvidas.** (Shapiro, 2003, p. 285, destaque meu)

Essa é a razão pela qual uma teoria como a de Dworkin, ainda que se mostrasse eficiente para a ordem democrática, não poderia nunca ser adotada no regime ao qual se dirige. Por mais que os intelectuais relutem em aceitar a ideia, a democracia não é um regime de integridade racional. Rawls parece ter aceitado essa limitação quando, na segunda fase de sua obra, propõe uma teoria "política, não metafísica" (Rawls, 1985), baseada num construtivismo de origem kantiana. Dito de forma simples, ele desiste de justificar sua teoria em princípios racionais universais, e enxerga a democracia como processo. Isso leva à ideia de ordem pública que, se não abandona completamente a fundamentação racional, aceita a existência de um consenso coincidente que não toma partido nem se funda em nenhuma teoria abrangente. É algo próximo do que Posner diz:

A falta de fundamentação não perturba a nós pragmatistas. Não questionamos se a abordagem econômica do direito funda-se adequadamente na ética de Kant, Rawls, Bentham, Mill, Hayek ou Nozick e nem se cada uma dessas éticas possui fundamentos satisfatórios, mas sim se é a melhor abordagem a ser seguida pelo atual sistema jurídico dos Estados Unidos. (...)

Adeptos de diferentes doutrinas gerais podem, não obstante, ser levados a concordar que um único princípio político, como a maximização da riqueza, aplique-se a uma esfera particular das interações sociais. (Posner, 2009, p. 426-427)

O consenso coincidente é um conceito problemático, mas é o que resta quando se abandona um projeto democrático baseado em princípios fundamentais justificados por uma rigorosa teoria. Na prática, a abstração da linguagem

constitucional permite que pessoas de diferentes credos (e até sem credo) concordem sobre princípios básicos de convivência. Por sua natureza gregária ou coincidência histórica, a sociedade consegue construir uma ordem pública razoável e fundada em valores comuns. A ordem, assim, seria dinâmica e sem face, definida no dia-a-dia mediante conflito ideológico de opiniões divergentes, e do denominador comum encontrado através de um processo deliberativo controlado por normas, a partir do qual se pode construir uma teoria democrática. Sobre isso pragmatistas e liberais podem concordar. Não obstante, ainda há bastante espaço para divergências.

Os juízes da Suprema Corte não podem, evidentemente, invocar sua própria moral pessoal, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral. Devem considerá-los irrelevantes. Tampouco podem invocar as visões filosóficas deles ou de outras pessoas. Nem podem recorrer a valores políticos sem restrição. Em vez disso, eles devem recorrer aos valores políticos que em sua opinião pertencem à compreensão mais razoável da concepção pública de justiça, e a seus valores políticos de justiça e de ordem pública. Esses são valores em que crêem de boa-fé, como exige o dever de cidadania, e sobre os quais se espera que todos os cidadãos concordem como pessoais razoáveis e racionais. (Rawls, 2005, p. 236)⁴²

Rawls chega perto de aceitar a não-existência de uma racionalidade na democracia, mas sucumbe à tentação formalista quando exige um conjunto de valores sobre os quais concordem todos os cidadãos enquanto pessoas razoáveis e racionais. Ainda que existisse essa concordância, seria sobre valores tão gerais que dificilmente garantiriam a neutralidade ou imparcialidade de uma decisão. Há pelo menos dois problemas em controlar as decisões dos juízes a partir de princípios generalíssimos.

O primeiro é a escolha dos princípios relevantes para o caso concreto. É de se esperar que apenas uma quantidade limitada de princípios atue em cada decisão específica. Os princípios relevantes para o caso não são determinados pelos próprios princípios, mas por um critério externo. Assim como Hart já previa, não há lógica que controle a escolha dessas premissas, e este é um passo determinante no raciocínio.

⁴² The justices cannot, of course, invoke their own personal morality, nor the ideals and virtues of morality generally. Those they must view as irrelevant. Equally, they cannot invoke their or other people's religious or philosophical views. Nor can they cite political values without restriction. Rather, they must appeal to the political values they think belong to the most reasonable understanding of the public conception and its political values of justice and public reason. These are values that they believe in good faith, as the duty of civility requires, that all citizens as reasonable and rationally might reasonably be expected to endorse.

Em segundo lugar, há o problema das informações que serão acrescentadas depois da escolha das premissas. É razoável supor que o direito à igualdade goze de grande aceitação social. No entanto, quando vão se discutindo termos mais específicos relacionados à igualdade, é preciso definir se são necessárias ações afirmativas para igualdade de raça, e se negra e branca podem ser consideradas raças diferentes para esse fim. Mesmo havendo concordância, digamos, sobre a necessidade de ser reservada uma quantidade de vagas para negros nas universidades públicas, como definir a porcentagem das vagas, ou como definir quem se enquadra como negro para fins de distribuição dessas vagas? Negros ricos também merecem o benefício? O diabo está nos detalhes.

O pragmatismo, na versão apresentada por Posner e ilustrada por Holmes, é fragmentado. Não é possível encontrar nestes autores uma teoria do direito; há várias teorias, e nem sempre formam um todo coerente. Os elementos da teoria econômica permitem a Posner analisar e construir teses sobre liberdades básicas, mas é discutível se formam uma teoria homogênea. Em todo caso, em muitas discussões específicas o pragmatismo coincide com as posições de Rawls e Dworkin. Isso não se dá porque haja grandes afinidades teóricas, mas porque pertencem a um grupo social homogêneo e, não menos importante, o pragmatismo, enquanto teoria, não determina posicionamentos morais.

4.3 Antecipando a discussão da filosofia pragmática

Considerem-se os seguintes trechos, escritos por Richard Posner.

Os pragmatistas do meu tipo (pró-ciência e adeptos do liberalismo clássico) não inimigos do Iluminismo nem sonhadores utopistas. Para nós, a importância do pragmatismo em relação ao Iluminismo está em desmascarar e desafiar os vestígios platônicos, tradicionalistas e teológicos do pensamento iluminista. (...) por oposição à fé no poder da ciência de tomar o lugar da religião como definidora das verdades definitivas. (Posner, 2009, p. 417)

O libertário, como forma de resistir à censura, pode apelar à eficácia comprovada da liberdade de investigação para a expansão do conhecimento. Pode-se duvidar de que algum dia alcançaremos a "verdade", mas não de que nossas reservas de conhecimento útil aumentem continuamente. (...) A contínua sucessão das teorias científicas não apenas coexiste com o crescimento do conhecimento científico, como é o principal motor desse conhecimento.

Porém, seria um erro (...) imaginar que exista uma *doutrina* pragmatista da liberdade de expressão, ou seja, que seja possível usar o pragmatismo para dizer a

um juiz como decidir um determinado caso que envolva a liberdade de expressão. (Posner, 2009, p. 418, destaque no original)

Quando a ciência é vista como fonte de verdades definitivas e, portanto, como reafirmação secular do platonismo e do monoteísmo, isso dá nos nervos do pragmatista. Mas a ciência também pode ser vista sob um outro prisma, a saber, como um conjunto de métodos comprovados de ampliação do estoque de conhecimentos úteis e acertados do ser humano. (Posner, 2009, p. 20)

As implicações utilitárias do pensamento utilitarista e econômico típico (...) não podem ser ignoradas sob a alegação de que a eficiência tem prioridade sobre a liberdade. Por que deveria ter? Nossas intuições liberais são tão vivas quanto as utilitaristas, e não há princípio intelectual que possa ou deva forçar-nos a abandoná-las. (Posner, 2009, p. 24)

Nós raciocinamos a partir de nossas crenças fundamentais e não para estabelecê-las. O infanticídio e a escravidão não são proibidos em nossa sociedade porque os argumentos contrários são mais fortes que os favoráveis, mas porque essas práticas nos revoltam. (Posner, 2009, p. 203-204)

Todas essas passagens mostram uma crença na ciência, ao mesmo tempo que evitam afirmar um conjunto de valores democráticos ou mesmo detalhar o procedimento adequado para conduzir o debate político ou interpretar uma lei. Essa postura é semelhante à de Ian Shapiro em relação à ciência, especialmente quando este critica o excessivo ceticismo de Richard Rorty. O pragmatismo clássico coincide com o iluminismo maduro na recusa à terra arrasada da pós-modernidade e na manutenção da esperança no progresso pela razão científica.

No entanto, não há nenhum grande argumento racional para crer na razão. Posner crê na ciência econômica para dar objetividade às decisões jurídicas nos casos difíceis. Apel fala de escapar de uma situação desesperadora. Dworkin traz os argumentos morais para evitar a total discricionariedade judicial e manter a integridade ética da ordem jurídica (curiosamente, promovendo o ativismo judicial). Rawls elabora uma teoria da justiça que, inicialmente, seria o mais racional e bem fundamentado modelo de ordem, para depois se tornar uma construção política baseada numa feliz coincidência histórica. Nenhuma dessas teorias tem força suficiente para invalidar as outras e isso, do ponto de vista estritamente formal, é um problema, visto que não há um claro critério para o certo e o errado. Rorty parece acertar quando destaca que tudo que nos resta é uma contingência irônica e solidária, seja na filosofia, no direito ou na política.

A posição de Richard Posner é científica, mas, sobretudo, cética. Sua fuga do relativismo, se é que ele foge, é tímida e, se é evidente que sua posição política

combina com sua postura filosófica e científica, não há uma relação necessária entre elas. Não por coincidência, foi apelidado de "o novo cão-de-guarda de Darwin" por Ronald Dworkin. A inspiração para uma (não tão) fina ironia dificilmente viria num momento de calma; um ataque desse tipo é emocional. Autores como Apel e Dworkin se consideram numa batalha moral contra o ceticismo; para eles, essa discussão é muito mais do que uma disputa intelectual.

É natural que Shapiro, sendo político e não um teórico do direito, se posicione a favor de algumas liberdades gerais e mantenha distância de controvérsias específicas relacionadas a direitos civis. Posner, no entanto, precisa entrar em detalhes e se posicionar juridicamente sobre temas delicados, para logo depois voltar a observar, a distância, a falta de racionalidade do formalismo jurídico. Essa atitude é coerente, mas mostra a ambiguidade de nosso tempo, especialmente na teoria do direito: há direitos e eles precisam de argumentações concretas para serem efetivados, mas, ao mesmo tempo, não há nenhuma razão maior que os sustente; Posner se posiciona, mas não fundamenta suas conclusões em nenhuma grande teoria moral, nem crê que os valores de ordem pública possam ser explicados por uma teoria moral. Os valores sociais, os direitos estabelecidos, parecem depender de consenso coincidente, um conjunto arbitrário de regras que ganharam validade geral sem passar por um processo específico. Pode-se relacionar o estabelecimento desse grupo de regras ao momento histórico, à formação cultural, à educação doméstica, ou até ao medo da autoridade repressora, porém, nenhuma dessas hipóteses é exclusiva, nem é possível fazer uma engenharia reversa e descobrir como funciona o jogo de linguagem da obediência. Em outras palavras, a filosofia se mostra muito pequena para dar conta da moralidade pública (se é que existe uma), e as ideias do pragmatismo o aproximam, cada vez mais, do ceticismo ou relativismo. Por momentos, o pragmatismo parece só mais uma teoria pós-moderna que declara a queda do ideal racional iluminista geometrizar. Posner sugere essa postura, mas o pragmatismo clássico segue um caminho mais sutil e, curiosamente, inovador.

Esse caminho é inaugurado por William James em "The will to believe" (1912). Nesse texto, o autor radicaliza a ideia do pragmatismo de que um conceito é definido pelo conjunto de consequências práticas. Para James, é possível inventar verdades, desde que não entrem em contradição com nossas crenças fundamentais e

tenham como consequência reforçar o conjunto de crenças úteis. Isso parece desprezível, ou inocente, mas, como grande parte da obra de James, é mais do que parece à primeira vista. Quando ele sugere a criação, por parte do sujeito, de uma verdade com base em suas angústias e sua fé, ele iguala, para fins práticos, razão e fé, ciência e estética. Essa abertura a outras formas de verdade é engenhosa por abrir a filosofia moral ao falibilismo, sem cair no desespero da falta de fundamento. James expressa, com seu conceito pragmático de verdade, o iluminismo maduro que persegue a ciência como um ato de fé e não se incomoda com suas incoerências, já que o fluxo da experiência não é necessariamente coerente. James sabe lidar com a incerteza.

A plasticidade dessa ideia pragmática da verdade permite a John Dewey integrar, na sua filosofia, conhecimento técnico e arte em "Art as experience" (1980), publicado pela primeira vez em 1934. Sua visão pragmatista, que aceita o literal figurado como solução às dicotomias e incertezas da sociedade pós-industrial, sugere interessantes releituras de teorias tradicionais, especialmente as que se referem ao direito. Este, simbólico e criador de sua própria objetividade, expressa à perfeição como se pode criar uma argumentação racional a partir de elementos abertamente metafóricos. Para a leitura pragmática, isso não é contraditório.

Quando, por exemplo, Rawls e Dworkin lançam mão de conceitos como "véu da ignorância", "posição original", "consenso coincidente", "juiz Hércules", "direito como integridade" e "romance em cadeia", sabem que atiram essas ideias a um contexto de incerteza, a um público que duvida de verdades objetivas e consensos universais. Eles também sabem que o uso dessas imagens pode criar impressão de que seus trabalhos não são científicos o suficiente; eles só usam essas imagens porque as consideram realmente necessárias. Entendo que somente uma leitura abertamente estética dessas imagens, como a inspirada pelo pragmatismo clássico e aqui proposta, é capaz de perceber todas as consequências dessas figuras de linguagem para a interpretação jurídica. Não pretendo que esta seja a leitura mais correta dessas teorias, nem a mais completa, mas sim a que mais luzes lança sobre a questão da incerteza na teoria do direito contemporânea.

Algo disso já foi visto nas imagens que Hart utiliza em sua filosofia do direito; metáforas como o "zona de penumbra" e o "natureza aberta da linguagem"

têm uma função prática, assim como tem uma função política a sua separação entre direito e moral. Da mesma forma é a tese da resposta correta de Dworkin, ou os valores subscritos por todos os cidadãos racionais e razoáveis de Rawls. O estilo desenvolvido por esses autores é útil para tornar mais palpáveis temas que, discutidos de outra maneira, seriam abstratos demais para gerar qualquer engajamento. Uma retórica impactante e visual, como a do véu da ignorância, se não resulta no acordo de todo o auditório, permite ao menos que os membros desse auditório reflitam e encontrem perspectivas comuns. Para isso, a metáfora precisa ser bem feita, e despertar intuições compartilhadas pelos participantes do diálogo.

Na próxima parte, será vista com detalhes essa verdade estética do pragmatismo. Muitas características dessa análise estão espalhadas nos capítulos anteriores, mas uma visão detalhada do pragmatismo clássico permitirá enxergar com clareza os fundamentos, a novidade e a utilidade dessa postura. Depois de apresentada a estética social do pragmatista John Dewey, será possível compreender mais profundamente as figuras de justiça de Rawls e Dworkin. Como já dito anteriormente, não se trata de uma análise dedicada destes últimos, mas de uma aplicação da estética do pragmatismo clássico a imagens usada em suas teorias. Interessa aqui compreender como a epistemologia pragmatista ilumina discussões sobre direito e ordem social, das quais os autores de "Uma teoria da justiça" e "Levando os direitos a sério" são apenas dois exemplos. Se a breve análise desses for bem sucedida, abre-se espaço para leituras que, no futuro, podem dar importantes contribuições para a renovação da teoria do direito. Esta tese não é o fim, mas sim o início de um projeto acadêmico.

Cumpram um papel fundamental, para a discussão final, a estética social de John Dewey. Antes dela, serão vistas as ideias de William James e Henri Bergson, que em Dewey se expandem para uma teoria social que é epistemológica, política e estética.

Parte III - O olhar pragmático⁴³

5. A estética pragmatista em etapas

Nos capítulos anteriores, foram propostas leituras do iluminismo e do positivismo que divergem do senso comum da filosofia do direito contemporânea. O iluminismo maduro mostra que o projeto político e social dos iluministas depende mais de um sentimento abstrato de esperança na razão e na liberdade do que da colonização de todos os campos do saber por um ideal metafísico geometrizar. Nessa mesma linha, o positivismo jurídico mais sofisticado, como o de Hart, deixa de lado as preocupações metafísicas e se preocupa em dar consistência ao discurso jurídico que é, por sua própria natureza, indeterminado, controverso e retórico. Ao se tentar emprestar clareza a discursos políticos ou jurídicos, é recorrente o apelo a imagens objetivas, figuras de linguagem, que não raras vezes assumem uma realidade própria, aparentemente independente de suas raízes históricas e das funções que executam. Quando essas imagens se desgastam e não mais se alinham ao fim a que se propõem, surge o desejo de reforma, que com frequência assume a forma de denúncia de algum caráter metafórico, ilusório ou metafísico do discurso jurídico. O direito necessita de imagens, e a denúncia das imagens faz surgir novas imagens, que no futuro serão também denunciadas. A evolução da teoria do direito se dá nesse útil revezamento de ilusões.

O pragmatismo clássico, iniciado no Clube Metafísico de Boston no século XIX, é uma filosofia que aceita o caráter instrumental e figurativo dos discursos filosóficos, científicos e jurídicos. Não existe um conjunto de princípios rigorosos que façam do pragmatismo uma escola filosófica unitária, homogênea, mas há um temperamento comum a seus mais famosos autores que procura valorizar a prática, simpatiza com o darwinismo e compreende o sujeito integrado a seu ambiente natural e social, repulsa a tratar ideias como realidades independentes de funções ou contextos. Pensadores como Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey, Oliver W. Holmes Jr., George H. Mead, Richard Posner e Richard Rorty são

⁴³ O livro mais abrangente sobre a história do pragmatismo é de Louis Menand, *The metaphysical club* (2001). Para uma breve exposição dos principais elementos dessa tradição, ver Posner (2003, p. 409 e s.). Para uma descrição dos fundadores, ver Peirce (2013) ou James (1967).

reconhecidos como pragmatistas, e aceitam que a realidade prática antecede as ideias, mas entre eles há diferenças relevantes. Analisado de perto, o pragmatismo mostra um conjunto tão heterogêneo de pensadores que é difícil discernir um denominador comum que autorize tratá-lo como um único grupo. Afastando-se um pouco, é possível ver esse temperamento que valoriza as consequências práticas, que não necessariamente segue os cânones da tradição filosófica. O pragmatismo, como um todo, é uma filosofia que conversa com as consequências práticas e o senso comum; de perto, cada autor pragmatista conversará à sua maneira.

Assim, existem diferentes formas de entender o pragmatismo. É possível, por exemplo, retroceder aos fundamentos lógicos do pragmatismo e discutir, com Peirce, a natureza da abdução que, comparada à indução e à dedução, mostra que os caminhos do pensamento são mais instintivos e imprevisíveis do que sugere a lógica formal. É também possível, com Holmes, compreender o direito de forma evolucionista, como exposto em capítulo anterior na discussão da obra de Frederic Kellogg. Com John Dewey, é possível enveredar por uma discussão política, como em "Public and its problems" ou "Individualism: old and new", ou se concentrar em suas discussões mais metafísicas, como em "Art as experience" e "Qualitative thought". Dewey, preocupado com o ser humano em sua totalidade, social e individual, estético e prático, possui uma numerosa obra que convida a diferentes abordagens, expressando nele mesmo a pluralidade da filosofia pragmatista. Richard Posner propõe uma versão dessa filosofia que, aliada à posição política liberal e à crença no método econômico, algo se distancia dos acima citados. Esses são apenas alguns exemplos de como o pragmatismo, por sua própria natureza, permite diferentes abordagens ⁴⁴. Por isso, não causa surpresa que esse termo seja usado com muita liberalidade, qualificando ao mesmo teorias que não possuem muitos pontos em comum. O pragmatismo de Roberto Unger (2009) é diferente do de Dewey, que por sua vez difere do pragmatismo ao que Ronald Dworkin se opõe em "O império do direito".

Dada essa pluralidade, nem tudo que na literatura se denomina "pragmatismo" será aqui objeto de discussão. Da tradição pragmatista, o que interessa

⁴⁴ Diferentes interpretações sobre Dewey propuseram Shapiro e Rorty, como visto na Parte II.

a esta tese é um temperamento, uma forma ousada de encarar as incertezas inerente aos pragmatistas clássicos, especialmente William James e John Dewey. Propondo versões mais estéticas e abertamente instrumentais para o conceito filosófico de verdade, esses dois autores abrem uma perspectiva que se alinha ao iluminismo maduro e permite enxergar, na tradição da filosofia geral e jurídica, conexões ocultas à leitura pós-moderna mais comum. Essas conexões são o tema geral desta tese; a discussão pragmática trazida adiante lança mais luzes às releituras feitas até agora e facilita, posteriormente, a análise das metáforas usadas por John Rawls e Ronald Dworkin. O pragmatismo fornece a base filosófica que unifica as conclusões anteriores e antecipa a parte final do trabalho.

Tal base filosófica se concentra em três autores. Do primeiro, William James, será visto o ensaio "The will to believe", publicado originalmente em 1896, e no qual ele reelabora pragmaticamente a famosa aposta de Blaise Pascal (i.e., independentemente de deus existir, entre crer e não crer nele, é melhor crer, porque o preço pago em vida é baixo se comparado à recompensa da vida eterna). Para James, é filosoficamente lícita uma verdade em forma de aposta, pois verdadeiro é aquilo que é útil e bom. Essa é uma tese ousada, pois iguala, para fins práticos, a fé religiosa às verdades científicas racional e metodicamente verificadas; em não poucos contextos culturais tal posição é escandalosa. Como será visto, essa verdade útil é menos revolucionária do que aparenta à primeira vista, mas ainda assim foge ao comedimento costumeiro das teorias filosóficas. Não à toa, James chama sua própria atitude de "empirismo radical". Esse espírito ousado também é encontrado em Henri Bergson -- o segundo dos três autores -- que, na obra "A evolução criadora", desenvolve um empirismo radical a seu modo.

De John Dewey, será analisada sua tese hermenêutica explicitada em "Art as experience". Nessa obra, longa e densa, o autor expõe o caráter integral da experiência humana, criticando a separação entre técnica e estética característica das sociedades modernas. Essa separação é nefasta não apenas do ponto de vista filosófico, pois também reflete em um ambiente social que separa prazer e trabalho, utilidade e beleza, forma e conteúdo, verdade e aparência. As instituições sociais, contaminadas pelo erro básico de separar prática e estética, alienam o sujeito do mundo, e empobrecem sua experiência individual e seu sentimento de grupo. A

ciência, o direito e a própria arte perdem vida, pois, uma vez separadas em compartimentos, compartimentam uma experiência livre que é, originalmente, una e indivisível. A ciência, para Dewey, é também uma arte, e as verdades que ela descobre não são simplesmente produzidas, mas sim desveladas no contato do ser com o meio; a experiência estética é o sentimento de totalidade, fundamental à razão, e ausente da existência meramente instrumental e técnica. Como Martin Heidegger, Dewey busca retomar esse sentido original da experiência, encoberto por uma falsa dicotomia entre útil e agradável incentivada pela técnica. Como o escritor alemão, o autor de "Art as experience" não busca simplesmente criticar os dualismos, mas sim resgatar um sentido original que se perdeu na história da filosofia. Mais do que Heidegger, Dewey tem em mente as consequências sociais e políticas dessa separação; para ele, a cisão do indivíduo não pertence só ao indivíduo ou à filosofia, mas à sociedade e suas instituições. Assim, para o autor norte-americano, o resgate original se dá sobretudo nas relações interpessoais e numa releitura da vida pública. Em Dewey, a epistemologia encontra a democracia; a partir dele, mais que de qualquer outro autor, é possível enxergar a conexão entre uma atitude epistemológica e uma filosofia política, conexão necessária não apenas para a discussão proposta nesta tese, mas para qualquer teoria social que tente compreender a fragmentação e o dinamismo das sociedades contemporâneas.

Antes de chegar a Dewey, é preciso conhecer duas importantes fontes de sua filosofia: a verdade pragmática de James e o evolucionismo biológico, traçado com competência por Henri Bergson. Este não é o inventor da teoria da evolução, e não foi para Dewey uma influência tão importante quanto James, mas o forte caráter estético de sua obra estabelece uma ligação interessante entre o pensamento dos dois pragmatistas clássicos.

5.1 A vontade de crer de William James

Em comum, a tríade clássica do pragmatismo (Peirce-James-Dewey) tem duas importantes características. A primeira delas é o desapego à forma de argumentar da filosofia continental. Embora ávido leitor de Kant, Peirce não argumenta de maneira germânica em "How to make our ideas clear" e em outros

textos conhecidos. Se é verdade que o fundador do pragmatismo é um acadêmico, um lógico, também é verdade que, em nome de uma aplicação prática das ideias filosóficas, desejava romper com o intelectualismo que identificava na filosofia continental. É ainda mais notável a liberdade que William James expõe em seus textos; por trás de um aparente descuido com temas sensíveis (fê, alma, consciência), sugeridos pela oralidade e fluidez da sua escrita, são oferecidas profundas observações com notável intelectualidade. Essa liberdade de forma também é característica de Dewey, que, entre suas idas, vindas e considerações errantes, há cortantes análises e uma riqueza temática que não perde o foco. A história da filosofia é a recorrência de questões fundamentais, não havendo nenhuma novidade revolucionária nas questões que o pragmatismo coloca, mas entre os pioneiros dessa filosofia há um sentimento de independência e mudança que dita o tom e fornece originalidade a suas obras.

Uma segunda característica marcante do pragmatismo clássico é a simpatia com a intuição, isto é, com a porção criativa da experiência imediata. Mesmo tendo a lógica como tema, Peirce não buscava somente uma justificação formal do pensamento, mas investigava quais partes da lógica formal resistiriam ao confronto com a prática. A abdução, mais do que uma terceira operação ao lado da indução e da dedução, é a denúncia de que a lógica formal é incapaz de cuidar do fundamental contexto de descoberta. (Santaella, 2004) Acreditando que a experiência é sempre recriada, o pragmatista não consegue relegar o contexto de descoberta ao segundo plano: é preciso captar o pensamento em movimento.

Com William James e John Dewey, o poder da intuição é ainda mais evidente. Com James, a fê é componente da razão. Ele não apenas (re)une consciência e empiria na sua análise, mas imagina uma consciência empírica, mergulhada nos dados sensíveis e deles dependente. Não se trata apenas da ideia de que a consciência necessita dos atos concretos, pois vai além: para ele, consciência e vontade se misturam aos dados empíricos e, de certa maneira, os transformam. Dewey, por seu turno, tem no conceito de experiência o ponto de encontro entre consciência e empiria, transportando esse raciocínio para âmbitos sociais e políticos. Esse transporte será considerado mais para o final do capítulo. Agora, será visto mais de perto o pensamento de James.

William James é, dos pragmatistas clássicos, o que melhor representa a junção entre o desapego às formas da filosofia continental e a primazia da intuição. Nascido em uma família de intelectuais, tinha o dom da palavra, e seus escritos demonstram uma naturalidade com temas difíceis que pode fazer o leitor menos atento desconsiderar o que ele diz. Ele passeia por tantos assuntos diferentes, e com tal habilidade, que o leitor pode duvidar de que aquilo possa levar a conclusões frutíferas. Isso é, aliás, algo que acontece com alguns eruditos. Oliver Holmes, por exemplo, tem para alguns a fama de que decidia ao sabor dos ventos (Posner, 2004), sem um método explícito de interpretação ou uma vertente teórica clara. De fato, não havia um método de interpretação, mas um ecletismo tão sofisticado que, para quem via de fora, parecia enciclopédico e desordenado; é possível que o próprio Holmes sentisse dessa forma. No entanto, um olhar mais cuidadoso mostra que havia ideias claras guiando suas decisões, independentes o suficiente para só terem sentido quando vistas em conjunto. Algumas grandes mentes se dão o privilégio de não adotar um único método, e resolver por instinto questões que, para outros, necessitariam de procedimentos cuidadosamente detalhados. James, como Holmes, parece pertencer a esse reduzido grupo.

Em parte por ficar tão à vontade em meio a temas complexos, James declara que o pragmatismo é somente uma nova forma de resolver antigas questões, e trata sua filosofia como um temperamento ou inclinação (James, 1967). À primeira vista, essas parecem considerações desrespeitosas com a história da filosofia e até mesmo com o pragmatismo. Pode-se pensar que, se essa nova filosofia é apenas uma maneira de trabalhar questões que outras já trabalharam, não oferece vantagem alguma ao teórico. Se, como James sugere, filosofias são temperamentos, se não se trata de descobrir as "condições de possibilidade" de coisa alguma, poderiam ser recusadas ou aceitas com base somente no gosto pessoal. A princípio, esse espírito livre, essa filosofia *laissez-faire* não favorece uma discussão filosófica séria; não é isso que os filósofos profissionais esperam, não é isso que a tradição filosófica reconhece como digno de debate.

Por outro lado, nota-se que, ao aproximar a filosofia do senso comum, James estrategicamente se livra do ônus de fundamentar seus argumentos de acordo com a tradição, e se dá a liberdade para cometer desvios. Afinal, não está ele argumentando

com base em Kant ou Locke, mas de acordo com suas próprias experiências, segundo os preceitos de uma filosofia recente de uma pequena e então desconhecida comunidade intelectual dos Estados Unidos. Não há um claro referencial na tradição com o qual possa ser comparada sua filosofia, e isso lhe dá uma admirável dose de liberdade, não obstante a resistência inicial a sua aparente falta de compromisso. Um intelectual tão sofisticado não é informal por incapacidade, mas porque quer; essa informalidade, assim me parece, é uma estratégia retórica que casa à perfeição com o conteúdo não-ortodoxo da mensagem.

A confiança nos instintos e nos dados imediatos da consciência vem, para James, na radicalização da filosofia prática. Em "The will to believe", ele expõe um problema fundamental, não apenas para o pragmatismo, mas para a filosofia prática como um todo: nós não agimos porque podemos, mas porque precisamos; nesse processo, as razões para nossas ações vêm *a posteriori*. Para a ação, seja jurídica ou política, a necessidade de solução antecede a possibilidade de uma justificação racional dessa solução. O instinto de sobrevivência se antecipa às faculdades lógicas, o que muitas vezes leva a justificações provisórias ou equívocas sendo aceitas sem que o sistema de crenças se desfaça. Igualmente, criamos teorias não (somente) porque nos deleitamos com isso, mas porque nos é necessário para agir com eficiência. Nessa mesma linha, o prazer verdadeiro não é aquele que vem isolado num instante, mas o que se apóia em sentimentos mais duradouros, que remetem à realidade prática e significam algo para o sujeito, passado e futuro. Tudo se conecta ao sujeito -- o ser cuja existência precede a essência. Dessa forma, faz muito sentido chamar de empirismo radical uma filosofia que dá tanta importância à mente e à subjetividade, pois não há oposição real entre mente e corpo, sujeito e ambiente; tudo que o sujeito faz ou pensa tem um sentido prático, e o radicalmente empírico é também mental.

A intuição valorada por James não é apenas a recepção dos dados pelos órgãos dos sentidos, mas o propósito e o sentido que adquirem esses dados ao entrarem fluxo da experiência de um sujeito. O verdadeiro não depende de um método, mas de sua função no todo da experiência. Por isso que, para ele, a fé é prática e verdadeira: ela reforça e canaliza os propósitos do sujeito, faz ele concentrar suas ações e dá a elas um sentido maior. O verdadeiro é aquilo que integra a

experiência, não aquilo que meramente obedece a parâmetros objetivos, por mais consagrados ou sofisticados que sejam.

Há, portanto, uma vontade, uma disposição para crer que antecede a realidade ou a verdade da crença, seja científica, religiosa ou jurídica. Para James, como para Protágoras, o homem é a medida de todas as coisas; se a experiência humana é formada por crenças falíveis e um constante fluxo de acontecimentos domados por explicações estáveis, não há nenhuma verdade além disso. Quanto mais humana, mais verdadeira será uma crença.

James, em "The will to believe", chega a essas conclusões ao investigar a conhecida aposta de Blaise Pascal. O pensador francês dizia que, entre crer em deus e ser ateu, seria muito mais inteligente crer, visto que o preço a se pagar (algumas horas do domingo, uma vida regrada) seria insignificante diante da recompensa prometida (a vida eterna no paraíso). Mais do que um mero cálculo de custo e recompensa, essa aposta revela uma descoberta filosoficamente relevante: o fundamento da verdade é a esperança.⁴⁵ Santo Agostinho, no início de suas Confissões (1996), também se pergunta sobre se deve crer para louvar, ou louvar para crer, para concluir que o primeiro passo em direção à fé deve ser dado pelo sujeito, sem garantias. Antes de crer, é necessário ter esperança, antecipar o cenário em que se encaixará a crença, e o desejar. O pragmatista identifica esse elemento e generaliza para toda a vida prática, para além daquilo que apenas diz respeito a fé religiosa.

Para o pragmatista, não é qualquer crença que justificará uma aposta como a de Pascal. Uma aposta do tipo se justifica quando há uma escolha genuína (*genuine option*). Uma escolha genuína é viva (*live*), forçosa (*forced*) e premente (*momentous*). Ela é viva quando diz respeito a algo importante para aquele que vai avaliar a situação; é forçosa quando não é possível fugir dela, isto é, quando não há meio termo entre agir e se abster; e é premente quando não há tempo a perder. A fé, para Pascal (e também para James) é uma escolha genuína: é viva para o indivíduo, pois diz respeito a sua existência e salvação; é forçosa, pois ou ele acredita em deus e vai para o paraíso, ou é ateu e vai ao inferno, sem meio termo; é premente porque a decisão não

⁴⁵ Observe-se a semelhança disso com o que Posner falou mais acima: raciocinamos a partir de nossas crenças mais profundas. Nos dois casos, o raciocínio é consequência de uma necessidade, de uma vontade.

pode esperar, uma vez que a morte pode chegar a qualquer momento. Também é uma escolha genuína sair ou não com capa de chuva, visto que seria viva (é importante não se molhar), forçosa (ou você sai com a capa ou sai sem ela, não há meio termo) e premente (há de ser feita a escolha antes de sair de casa).

Essa solução de problemas com apostas quase irracionais, lançando mão do instinto e das poucas informações disponíveis, é a forma como lidamos com o inusitado. Numa situação de incerteza e necessidade de agir, o ser humano cria soluções provisórias que permitem ao novo acontecimento entrar na rede de relações já existentes. Às vezes, com a passagem do tempo, essas soluções são substituídas por outras mais integradas, quando então perdem o caráter de aposta e passam a ser um conhecimento coerente. Como exemplo dessa passagem, há as decisões judiciais de casos novos (ou difíceis). A princípio, é possível que decisões tomadas pela obrigação de decidir não se enquadrem bem ao direito posto, visto que a qualificação do fato ou os direitos que agem ali ainda não são claros. Decisões em casos inéditos não são tipicamente as mais bem fundamentadas. Com o passar do tempo e na ocorrência de novas decisões em casos análogos, vai se tornando mais claro o lugar daquele caso novo nas leis anteriormente estabelecidas. O vocabulário se aprimora, os dados relevantes são destacados e, eventualmente, novos textos de lei vêm auxiliar na fixação um lugar, no direito existente, para o caso novo. De toda sorte, as conclusões em forma de aposta, provocadas pela ausência de referencial, não são um ato irracional, mas o necessário primeiro passo para chegar, posteriormente, a conclusões mais ponderadas e integradas ao vocabulário existente.

Na ciência, à primeira vista, as apostas não deveriam existir. Dado que a verdade científica é uma solução ponderada e testada pela comunidade de especialistas, muitas vezes com o auxílio de experimentos controlados, não haveria lugar para soluções provisórias ou instintivas. Poderia até haver durante a fase de descoberta, mas não na versão final da teoria: a ciência deveria ser objetiva, sem lugar para apostas, ideias estéticas ou verdades provisórias. Não obstante essa imagem ideal, a filosofia contemporânea reconhece que muito da descoberta científica é instintiva. Karl Popper em "A lógica da pesquisa científica" (1998) já mostrou que teorias não são comprovadas, mas falseadas; algo parecido Peirce já havia ao lançar as ideias da abdução e da verdade como crença (Browne, 2003). Trazendo para a

discussão sobre James, parece lógico que, uma vez que as ciências são instrumentos humanos, podem ter seu alcance ampliado, reduzido ou modificado de acordo com os propósitos do sujeito cognoscente. O conhecimento, como um todo, é impulsionado por um desejo de expansão inato do ser humano; nesse processo, os propósitos humanos definem os paradigmas e dão a direção das ciências em meio às descobertas no mundo objetivo.

A descrição da ciência dada pelo pragmatismo inclui valores éticos e estéticos e, por isso, pode não ser a descrição mais precisa, objetiva ou eficiente da prática científica, uma vez que iguala a ciência a práticas menos metódicas, como a arte. Apesar das críticas que essa visão pode sofrer, ela traz a vantagem de revelar uma porção ao mesmo tempo retórica e instrumental das verdades obtidas por meio da razão, sejam da ciência, do direito, da política ou da própria filosofia. Nesse processo de descoberta, a fé, a emoção e a razão se combinam na vida prática, sendo usadas de acordo com a conveniência de uma ordem social que não depende de padrões metafísicos ou técnicos pré-estabelecidos. A leitura estética da prática científica, feita pelo pragmatismo, faz dela um instrumento de liberdade, assim como o iluminismo maduro também faz.

A obra de James é discutida aqui porque ele coloca no mesmo nível a razão e a fé, chamando-as igualmente de verdades e usando como prova da igualdade as situações limite, no que ele chama de escolha genuína. Nas situações limite, os efeitos práticos de uma fantasia bem contada são tão lícitos quanto os de uma verdade científica. James é mais radical do que a posição adotada nesta tese, embora aqui se concorde com o fato dele colocar a necessidade de decisão à frente da possibilidade de conhecimento racional. Em questões públicas, em que o consenso sobre determinadas questões é provisório e urgente, só cabem apostas de Pascal; o desafio de uma teoria da ordem pública é saber quando e quais apostas desse tipo são úteis. Atentos a isso, Rawls e Dworkin criam suas próprias fantasias, suas apostas nas situações limite. Antes de chegar a eles, porém, é necessário saber até onde pode ser levada essa ideia de James, e então se identificar quais pontos dela serão úteis para a análise subsequente. A ideia levada ao limite encontramos em Henri Bergson. O equilíbrio, em John Dewey.

5.2 A evolução criadora de Henri Bergson

A contribuição de Henri Bergson para a história do pensamento é notável, e até soa injusto que ele apareça aqui apenas como um bom exemplo da filosofia de William James. Ele é muito mais do que isso. Sobre ele, o próprio James diz:

Eu tenho que confessar que a originalidade de Bergson é tão profusa que muitas de suas ideias me deixam completamente admirado. (...) Muitos de nós somos bastante originais, de forma que nenhum homem pode nos entender -- formas extremamente peculiares de observar as coisas não são coisa rara. A raridade é quando uma visão peculiar é aliada com grande lucidez e raro domínio dos mecanismos clássicos de exposição.⁴⁶ (James, 1909)

Além da admirar o estilo, James também admirava o conteúdo da obra de Bergson. Para este, a experiência não pode ser reduzida à lógica; ela vem em intervalos isolados, cuja ligação é criada posteriormente pelo sujeito que conhece. O sujeito antecipa a experiência, preenchendo os espaços vazios de sua experiência sensível com uma imaginação que percebe um todo coerente (por exemplo, causa e efeitos são vistos na experiência, mas a ligação necessária entre causa e efeito é pressuposta pelo sujeito). Por isso, não há nada como uma estrutura verdadeira "por trás" da realidade sensível, mas nós pressupomos e imaginamos uma linha invisível ligando os acontecimentos isolados. O mundo está em fluxo, em constante mutação, e seria irracional imaginar que uma descrição teórica, estática, fosse a verdadeira natureza desse fluxo. As ciências, e os fatos por ela explicados, quando isolados, possuem uma natureza precária, e só perdem a precariedade quando vistos em movimento, na relação dinâmica com o todo. O ser humano não é capaz de perceber o que está por trás da mudança, mas deve entender que tudo é provisório, inclusive suas descrições de mundo. Caso não entenda assim, e decida manter estáticas suas descrições de mundo, fatalmente elas se separarão da realidade que descrevem.

A filosofia de Bergson parte de dois elementos. Primeiro, pressupõe, por trás dos acontecimentos isolados, uma ordem ideal (um *logos*, pode-se dizer). Segundo, essa ordem pode assumir diferentes formas, desde que una coerentemente as

⁴⁶I have to confess that Bergson's originality is so profuse that many of his ideas baffle me entirely. (...) Many of us are profusely original, in that no man can understand us—violently peculiar ways of looking at things are no great rarity. The rarity is when great peculiarity of vision is allied with great lucidity and unusual command of all the classic expository apparatus.

experiências isoladas, revelando o fluxo. Há mais de uma forma de ligar coerentemente os pontos, e o sujeito os liga da maneira que mais lhe aprouver. Dito de outra maneira, o tecido do real é uma construção estética; quanto mais coerente e harmonioso o conjunto, mais útil e verdadeira a descrição.

Em "A evolução criadora", (Bergson, 2010) essa ideia atinge a sua máxima expressão, uma vez que o fenômeno "vida" é explicado com elementos metafísicos, científicos e filosóficos, num esquema que não privilegia nenhum dos três. Para explicar um fenômeno racionalmente inexplicável (a evolução biológica), ele cria explicações para preencher a lacuna deixada pelos elementos racionais à disposição. O resultado é uma teoria diferente, mais parecida a uma aposta de Pascal do que a uma ponderação metódica. Ela não é menos racional por isso; na verdade, tal ousadia é brilhante. É por criar um problema e responder da forma mais criativa possível que Bergson recebe atenção aqui. É plausível tirar algumas conclusões interessantes da atitude dele diante de um problema cuja solução não é real, mas retórica.⁴⁷ No direito, por exemplo, criam-se imagens que dão consistência a problemas que não possuem, sem as imagens, uma clara referência intersubjetiva. (Ross, 2004)

A preocupação principal de Bergson em "A evolução criadora" é explicar a vida, e isso não é algo simples. Seria pouco problemático, do ponto de vista filosófico, se suas preocupações se resumissem à descrição empírica, mas ele prefere questionar as bases epistemológicas das teorias evolutivas em evidência no fim do século XIX e início do século XX (a primeira edição é de 1907). A meta de Bergson é filosoficamente ousada por se diferenciar da coleta de dados observacionais, e assim se concentrar no fundamento do fenômeno "vida". Sabia-se que a vida evolui de formas mais simples para mais complexas, adaptando-se ao meio e obedecendo ao impulso de sobrevivência, e que é possível ordenar as várias etapas evolutivas a partir dos diferentes estágios evolutivos ainda hoje observáveis na natureza. Há seres, como os seres humanos, que possuem uma estrutura complexa e grande inteligência, enquanto as plantas podem ser vistas como um estágio inferior da escala evolutiva, por serem menos dinâmicas e pouco adaptáveis. Isso constituiu um avanço científico

⁴⁷ Essa oposição é problemática, mas não se encontrou forma melhor de expressar a diferença entre, de um lado, dados consagrados no diálogo e com uma clara referência intersubjetiva e, de outro, soluções criativas que preenchem a lacuna deixada por esses dados.

notável, e permite ao homem elaborar uma história coerente, justificando o lugar destacado que ocupa na natureza. Obviamente, a ideia de que ele deve ocupar algum lugar é muito humana, e até mesmo colocar o ser humano no topo da cadeia evolutiva parece o ser humano legislando em causa própria, mas não se pode negar que isso constituiu um avanço narrativo importante e abriu um válido campo de investigação científica.

A hipótese da evolução já era um avanço notável para o conhecimento humano, mas ainda faltava explicar a origem desse processo, pois a vida é um fato improvável, se considerados apenas os dados empíricos. Podemos aceitar a evolução da vida, mas por que cientificamente aceitamos a vida? Por que a natureza precisaria de vida? A narrativa construída a partir dos seres existentes e passados não explica o fato primordial da existência desses seres; não há um lugar para a origem deles na bela história da evolução. A transformação de seres inanimados para seres vivos é um mistério para a filosofia, para a ciência e para a religião, e talvez nunca sejamos capazes de explicá-lo. Compreender a evolução dos seres inanimados para seres animados é um importante elemento dessa trama evolutiva, por mais difícil (e até indecifrável) seja a pergunta "por que a vida?". Visto que os seres vivos vivem num meio material e não parecem mais do que matéria coincidentemente bem organizada, é preciso explicar por que a matéria organizada como vida merece uma história só sua, enquanto a matéria bruta não é protagonista da trama. As fases da evolução podem até explicar as sucessivas coincidências que finalmente resultaram na raça humana, mas a própria vida permanece uma incógnita.

É plausível a explicação de que os seres vivos são apenas uma feliz coincidência no acúmulo caótico da matéria, mas ela não é suficientemente bela para Bergson. Para ele, uma vez que se considerem isoladamente os momentos da evolução, tudo que está no intervalo entre dois momentos permanece misterioso, mas decerto há algo ali. Assim como no arremesso de um projétil, em que os momentos destacados no tempo e no espaço (posições em t_1 , t_2 , t_3 ...) não mostram o movimento em si mesmo, a evolução vista como uma sucessão de momentos sugere uma necessária causa contínua. A continuidade, nesses casos, é um ato do intelecto, e só pode ser realizado com uma dose significativa de imaginação. A hipótese da evolução já é uma imaginação, e Bergson leva essa imaginação a outro nível, trazendo um

componente metafísico para que a história da evolução da vida se complete. Há, para Bergson, um impulso de evolução na natureza, que busca sempre alcançar formas mais complexas; a vida é a maneira que a natureza encontrou para se organizar em formas cada vez mais evoluídas. O autor imagina um impulso que envolve e determina os seres vivos, e a única justificativa aparente para esse impulso é escrever uma versão mais harmoniosa da evolução.

Não se pode ignorar que há boa filosofia por trás; a estética de Bergson é racional. Da mesma forma que, na filosofia aristotélica, para explicar a passagem da potência da semente ao ato da planta é necessária uma dose de criatividade (pois algo como uma causa interna, diferente da matéria, precisa realizar a forma), o movimento de combinação dos elementos naturais na evolução da vida só faz sentido se houver um impulso meta-físico para a evolução. Na complexidade da experiência, a vida busca o aperfeiçoamento, que aparenta ser seu único propósito. Seres vivos nascem e morrem, e seus feitos individuais têm importância numa esfera muito restrita. Graças à reprodução, os atos de um ser vivo têm efeitos para além do seu curto tempo de vida (isso é verdade especialmente para seres humanos, cuja cultura atravessa gerações). Ainda que o ato não seja aproveitado pela mesma espécie, outras espécies se aproveitam das ações, e no cômputo geral há solidariedade entre todos os seres vivos. A peça que falta para explicar essa integração não pode ser observada ou testada empiricamente, pois a forma de explicar da ciência é capaz de descrever antecedente e consequente, mas incapaz de provar a relação de causalidade. Para encontrar uma explicação plausível, é preciso sair dos limites formais da exposição analítica.

A explicação plausível (e algo fantástica) é que a existência dos seres vivos obedece a uma ordem superior, uma consciência viva que envolve todas as espécies e que, no fim das contas, é o único propósito delas existirem. Essa consciência se expressa na evolução; o crescente aumento da complexidade das espécies é o destino da vida em geral, a confluência de todos os propósitos. Nesse sentido, todos os seres vivos colaboram, mesmo com sua morte, para a evolução criadora. A vida em geral é criadora porque a realidade não precisa dessa evolução; a vida em geral é livre, e cria novas situações e espécies a partir das condições que encontra no mundo inanimado. O impulso criador da vida em geral é o elemento que completa o cenário.

É preciso reconhecer que essa trama faz algum sentido, mesmo recheada de hipóteses extravagantes. Curiosamente, a teoria de Bergson provoca uma sensação parecida com a aposta de Pascal. Cada um à sua maneira apresenta ideias que fazem sentido. Um impulso geral à complexidade explica a evolução, para Bergson, e algumas idas à igreja no domingo não são nada diante da vida eterna, para Pascal. Uma vez que concordemos com James e reconheçamos que, em algumas situações, a explicação mais coerente não é a do cálculo ou a do dado empírico, Bergson e Pascal oferecem versões muito plausíveis para os problemas que enfrentam. Sendo versões elaboradas por dois gênios da filosofia, a plausibilidade delas não deveria surpreender.

No entanto, é difícil aceitar teorias desse tipo, e isso não se deve a falhas em suas estruturas racionais, nem à utilidade de suas conclusões. Do ponto de vista da estrutura dos argumentos, não são inferiores a tantas ideias aceitas no meio filosófico. A refutação e a aceitação de teses desse tipo assumem um caráter estético: é preciso sentir suas questões como vivas, forçosas e prementes, ou as teses não farão sentido. Para concordar com elas, não basta encontrar a plausibilidade dos argumentos, mas é necessário também partilhar a mesma visão de mundo, as mesmas dúvidas, e então se contentar com a estética da resposta. Os problemas que Pascal e Bergson sentem podem não serem sentidos da mesma forma por outras pessoas, e suas respostas podem não ser as mais agradáveis mesmo para os que consideram fundamentais as questões por eles levantadas. Nesse contexto de questões abstratas e explicações estéticas, a verdade sai do jogo do "certo ou errado" e entra no jogo do "agradável ou desagradável". É um jogo de linguagem distinto, e ainda racional, do qual se podem retirar algumas lições para a discussão central da tese.

5.3 Lições do empirismo radical para a teoria jurídica

Nessa breve análise sobre o pragmatismo clássico, foi visto que William James expandiu a ideia de consequências práticas para incluir elementos psicológicos, privando o pragmatismo de Charles Peirce de suas propriedades terapêuticas -- com uma noção tão ampla das consequências práticas, o pragmatismo é mais inclusivo do que exclusivo, perdendo assim capacidade crítica. Para James, especialmente em

situações urgentes, é possível apostar numa crença não comprovada e agir em relação a ela como se de uma verdade comprovada se tratasse. Para que a vida faça sentido, muitas vezes é preciso agir antes de ter certeza, e isso é verdade para a vida particular, a ciência, a religião, a política e também o direito. Se a ampliação realizada por James priva o pragmatismo de alguma capacidade crítica, compensa quando o faz explicar uma porção maior da experiência.

Henri Bergson, com originalidade, aplica as ideias do empirismo radical à teoria da evolução, numa crítica ao racionalismo na forma de uma bela explicação para a origem da vida e o evolucionismo. A coragem dele ao mergulhar em um tema tão árido só é comparável à sua criatividade para inserir aí uma metafísica e uma teoria do conhecimento que se rendem à intuição. Embora Bergson seja importante por si só, quando visto juntamente com James, nota-se nos dois um espírito intelectual eclético e cansado das formas tradicionais da razão. Eles não são apenas criativos, mas se arriscam em temas controversos, resgatando o poder explicativo de alegorias retóricas, de ficções calculadas, da esperança que se antepõe à razão.

Esses autores são artesãos da ordem que, sentido a necessidade de explicações e não as encontrando no meio científico de seu tempo, criam explicações com o que têm à mão. Essas explicações não despertam conclusões abrangentes como as teorias científicas, pois suas premissas e a forma de diálogo não são partilhadas por uma grande quantidade de pessoas. O interesse nas discussões acadêmicas dessas questões é restrito, e a quantidade dos que conseguem compreender a complexidade do diálogo é também muito pequena. O conjunto daqueles que têm interesse e ao mesmo tempo conseguem compreender é ainda menor, e a esse grupo não pertencem muitos juristas. Afinal, por que o jurista se importaria com um discurso tão abstrato, e com questões obscuras como a vida ou a existência de deus? Não são questões que aparecem na prática jurídica, ao menos não da maneira como até agora foram discutidas. Não obstante, essas discussões contêm relevantes lições para a teoria do discurso jurídico.

A relevância para o jurista é literária, e não porque existe uma área de estudo chamada "direito e literatura". O que Bergson e Pascal fazem, e James explica filosoficamente, é uma complexa construção de discurso. Se não fossem tão corajosos, não poderiam comunicar suas dúvidas, não poderiam compartilhar as

soluções que intuitivamente encontraram. Pascal quantifica a fé, pressupondo que o hábito é capaz de gerar crenças *a posteriori*. Bergson se pergunta pela razão de existir da própria existência, e encontra por trás da vida um panteísmo evolutivo que mistura física e metafísica. Se esquecemos o conteúdo, que pode muito bem não interessar, e prestamos atenção à forma, vê-se que são castelos criados no ar, é a linguagem privada que encontrou na metáfora a forma para se tornar pública. Essas metáforas só existem enquanto se crê nelas; sua importância vem de uma dúvida genuína, viva, forçosa e premente. A solução só faz sentido para os poucos que aceitam esse jogo de linguagem antes dele começar.

Essas características do parágrafo anterior permitem compreender melhor as teorias da justiça de John Rawls e Ronald Dworkin. Como Bergson, eles se colocam no limite do vocabulário teórico de sua época, e encontram nas alegorias a forma mais adequada para expandi-lo. Seus discursos também são castelos flutuantes, pois, além de utilizarem alegorias, dependem de uma crença nas premissas que, se mal compreendidas ou recusadas, prejudicam toda a argumentação subsequente. O véu da ignorância ou o romance em cadeia são alegorias para a ordem pública ou, mais precisamente, imagens que provocam a intuição de uma ordem pública democrática. Se o destinatário da mensagem não for tocado pela figura de linguagem, a teoria não terá o mesmo efeito.

Antes de passar para a visão estética, social e equilibrada de John Dewey, frise-se que a verdade pragmática de James não se resume ao útil e agradável em toda e qualquer circunstância. Por mais que ele se ativesse à intuição, seu objetivo não era reduzir todas as verdades à intuição ou ao sentimento subjetivo de crença. A ideia dele era que, em questões não resolvidas, não se pode, com a alegação de que ainda não houve comprovação científica, tirar o direito de alguém crer em seu íntimo numa verdade que lhe seja útil. Da mesma forma, nada impede que o sujeito deseje acreditar apenas naquilo que é comprovado pela ciência, e dessa forma reduza a margem de erro, pagando o preço de ter experiências menos ricas do ponto de vista estético. O empirismo radical declara a liberdade de pensamento, e não a obrigação de enriquecer a experiência com crenças metafísicas; isso negaria a própria liberdade que aceita essas crenças. A consciência de que não há verdades absolutas tem como consequência a atitude tolerante em relação aos que pensam diferente. Essa é,

provavelmente, a maior lição moral que uma filosofia falibilista (ou subjetivista) pode oferecer. No final de "The will to believe", diz James:

Nenhum de nós deve distribuir vetos ao outro, nem devemos espalhar palavras de reprovação. Nós devemos, ao contrário, delicada e profundamente respeitar a liberdade de pensamento do outro: só assim nós podemos fazer valer a república intelectual; só assim nós teremos aquele espírito de tolerância interna sem o qual nossos atos de tolerância carecem de alma, e que é a glória do empirismo; só assim nós vivemos e deixamos viver, tanto em temas especulativos quanto nos assuntos práticos.⁴⁸ (James, 1912)

Em James aparece uma preocupação social, com termos como "república intelectual" ou "espírito de tolerância". Isso não é por acaso. Essas preocupações epistemológicas só fazem total sentido quando transportadas para o ambiente social, no qual se pode compreender a extensão de suas observações para o discurso em praça pública. Às vezes, vê-se o pragmatismo (e as filosofias críticas em geral) como a destruição dos dogmas e dos ídolos metafísicos, mas há um aspecto construtivo que também merece atenção. Se, ao falar da vontade de crer, James declara que não se reprove nem o cientista nem o metafísico, ele autoriza que os filósofos creiam no que quiserem e, principalmente, ensina um caminho para a convivência entre céticos e crentes, entre dogmáticos e relativistas, entre pessoas cujas crenças mais profundas são incompatíveis. O abandono dos dogmas só faz sentido porque, com isso, abre-se o caminho para uma comunidade que não leve tão a sério aquilo em que cada um crê, mas leve a sério as consequências disso para a convivência, tolerando aquelas crenças internas que não procurem se impor em praça pública. Essas crenças internas não apenas são toleradas, como são também necessárias: é a partir das motivações mais profundas que se constroem discussões públicas que levam em conta esses interesses. Entender a importância e as limitações das próprias crenças é o primeiro passo para abrir mão de algumas delas e aceitar outros pontos de vista -- algo essencial à convivência democrática.

⁴⁸ No one of us ought to issue vetoes to the other, nor should we bandy words of abuse. We ought, on the contrary, delicately and profoundly to respect one another's mental freedom: then only shall we bring about the intellectual republic; then only shall we have that spirit of inner tolerance without which all our outer tolerance is soulless, and which is empiricism's glory; then only shall we live and let live, in speculative as well as in practical things.

5.4 A epistemologia estética e social de John Dewey

John Dewey é, por ordem cronológica, o terceiro dos mais importantes pragmatistas clássicos. Ele foi responsável pelo amadurecimento da filosofia pragmática e também pela sua expansão para âmbitos sociais e políticos. Sendo um libertário convicto, traz a epistemologia para a praça pública, defendendo uma ordem social que rejeita dogmas e tolera a mudança. Essa associação entre filosofia e ideias libertárias sugere o pragmatismo como uma filosofia do Estado liberal; nem sempre essa associação é elogiosa, mas tem fundamento. Os ideais da filosofia pragmática, especialmente com James e Dewey, pregam o pluralismo e tolerância em assuntos públicos e privados, valorizando a intuição e a prudência da prática e do senso comum. Embora seja possível uma associação dos valores pragmatistas a outras formas de sociedade, a democracia liberal e o pragmatismo filosófico se alinham harmoniosamente. Não obstante, a democracia é vista por Dewey como um processo de construção de consenso e liberdade, e não uma ferramenta da prosperidade econômica. Um consumismo hegemônico que transforme o cidadão em produto é o oposto do liberalismo que ele defende. Ele é um libertário iluminista, não um defensor do liberalismo econômico.

A obra do autor é vasta e, em muitos momentos, densa. Quando escreve filosofia⁴⁹, não é um escritor claro como James ou Bergson, e sua argumentação raramente é linear, volta constantemente aos mesmos assuntos e beira a monotonia. Somado a isso, não é um autor que se preocupa em definir os termos centrais de sua argumentação, preferindo que o leitor (e ele próprio) descubra o significado enquanto a ideia é exposta. Em um texto como "Art as experience", cada capítulo parece trabalhar toda a problemática do livro, posto que elementos centrais se repetem em toda a extensão da obra (experiência, compatibilidade entre utilidade e prazer, insuficiência do racionalismo para avaliar a arte, a crítica política das dicotomias). Essas considerações são uma crítica, mas não necessariamente negativa: assim como a informalidade de James, o hermetismo de Dewey esconde uma mente capaz de concentrar informações e reflexões de forma única e criativa. Dewey possui um método, mas não é linear; é visceral, intuitivo e também original. Ele pensa enquanto

⁴⁹ Seus ensaios políticos possuem uma linguagem mais direta, mas não se trata primordialmente deles aqui.

escreve, e no meio de discussões abstratas aparecem cortantes reflexões sobre os mais variados temas. Ele, mais do que qualquer outro autor, personifica a riqueza intuitiva do pluralismo pragmático.

A característica mais visível de John Dewey é o combate aos dualismos, símbolos do exagero racionalista. A lógica, para ele, é um instrumento de sobrevivência, que auxilia o ser humano a dominar um mundo em constante mutação e a viver em comunidade. Para Dewey, tudo está conectado, e não há separação absoluta entre prática e teoria, razão e emoção, indivíduo e comunidade, subjetivo e objetivo, ciência e senso comum, utilidade e beleza, pensamento e matéria etc. Valorizando, como James, a intuição, tem no conceito de experiência o norte para todas as suas reflexões: a experiência imediata é irreduzível a qualquer conceito, visto que o conceito é sempre parcial e a experiência, por definição, é uma totalidade. Na experiência imediata, o ser entra com todos os seus sentimentos, pré-conceitos, filosofia, valores morais e estéticos, e só depois, tendo em vista a utilidade, essa experiência é traduzida em conceitos. Passado e futuro se encontram na experiência imediata, que serve como apoio das memórias passadas e impulso para o futuro.

Esse valor dado à intuição, a ideia de uma realidade que vem em fluxo e a insuficiência dos conceitos para captar toda a realidade (não obstante sua utilidade) está também presente no pragmatismo de James, mas em Dewey ganha corpo. Várias de suas obras (ou todas elas) mantêm essas importantes características, mas para a discussão mais geral da tese serão analisadas mais de perto duas delas: um ensaio curto chamado "Qualitative thought" e um monumental trabalho sobre estética: "Art as experience".

a) Pensamento qualitativo e pensamento quantitativo

Em "Qualitative thought", John Dewey, avesso a dicotomias, curiosamente parte de uma dicotomia entre duas formas de pensamento: a qualitativa e a quantitativa. A primeira se refere a um pensamento total, sem compartimentos, englobando todos os aspectos da experiência. Já a última, quantitativa, corresponde ao raciocínio analítico que, utilizando conceitos, compartimenta a experiência e torna eficiente a ação. As duas formas de pensamento são essenciais e se complementam, mas o pensamento qualitativo tem ascendência sobre o quantitativo, uma vez que a

função deste, depois de destacado da experiência, é retornar e enriquecer a própria experiência, ou seja, contribuir para um aumento qualitativo.

O quantitativo está para o qualitativo como a forma para o conteúdo, ou a parte para o todo -- desde que se tenha em mente que a soma das partes não é igual ao todo. A compreensão do todo é um pressuposto da análise, pois, para separar em partes, é necessário conhecer como algo pode ser dividido sem perder a unidade. Tomando como exemplo um texto, cada termo tem seu próprio significado, mas apenas ao observar o texto completo é possível captar a importância daquele para a mensagem, e é para a mensagem que o termo existe; sem ela, o termo nada sinaliza. A filosofia analítica da linguagem, na busca pelo átomo linguístico, parece não perceber que o contexto faz parte do texto, e que a fragmentação da experiência pressupõe a vivência. A análise pressupõe a compreensão, isto é, o pensamento quantitativo pressupõe o pensamento qualitativo

O pensamento quantitativo é também útil. O ideal analítico ("geometrizar") pode ter cometido o pecado de ser excessivamente racionalista, mas não se pode negar a eficiência do cálculo racional -- e nada é mais pragmático do que o uso eficiente dos recursos para sobrevivência. Dewey não nega a importância da razão analítica, nem é inimigo da técnica científica. Como visto quando discutido o iluminismo maduro, Dewey acreditava seriamente no progresso científico em todos os campos e, como Peirce, desenvolve uma filosofia baseada no método experimental. Como legítimo representante do iluminismo maduro, tanto o falibilismo quanto a esperança de que a ciência é o melhor instrumento do progresso estão presentes na obra do autor.

Reconhecida a eficiência, é necessário também reconhecer que o pensamento quantitativo possui limitações quando é aplicado a situações distintas daquelas para as quais foi pensado. O método de análise e classificação, de causa e efeito, é uma ferramenta com um propósito, e ignorar o propósito é ignorar a inevitável dependência do contexto. As categorias da arte não são adequadas para a ciência natural, assim como as categorias da ciência natural não cuidam sozinhas de um debate jurídico. Como nenhum método é estático, é possível intercâmbio entre diferentes âmbitos, resultando em novas formulações teóricas (como a análise

econômica do direito), mas essas novas formulações também terão uma aplicação restrita. Não existe uma ciência do todo, seja quantitativa ou qualitativa.

A filosofia analítica erra ao supervalorizar o caráter científico do pensamento filosófico, pois transforma os meios em fins, perdendo de vista por que em primeiro lugar procurou ser científica. O método científico só é útil na medida em que preenche expectativas valorativas, como a objetividade, a segurança, a exatidão, a simplicidade e a compatibilidade com os dados sensíveis. A valorização excessiva do método isola esses valores e os considera superiores aos demais, mas esquece que estes entram no jogo geral das preferências. Separar o conhecimento do julgamento é problemático, pois conhecer é fazer um julgamento de adequação de meios e fins, fatos e valores, que no caso são valores científicos. É impossível garantir que tais valores, ao longo do tempo, permanecerão separados dos demais valores culturais. Vejam-se, por exemplo, as relativamente recentes preocupações éticas com o meio ambiente ou com as descobertas da engenharia genética, que entram no debate científico com uma força considerável, embora não se relacionem diretamente com a eficiência do método. A ciência depende de valores não porque a axiologia seja mais importante que a epistemologia, mas porque o pensamento científico é um instrumento cuja eficiência para a experiência pode ser posta em questão. Investe-se e se crê na ciência não por ela possuir um status ontológico privilegiado, mas por ser uma ferramenta eficiente para determinados propósitos.

Dewey, quando condiciona o pensamento quantitativo ao pensamento qualitativo, também reconhece, como Bergson, que os momentos não são nada sem a visão de conjunto. Para o autor francês, só o conjunto da vida pode explicar a vida; para o pragmatista americano, apenas na totalidade da experiência os conceitos expressam seu sentido. Evidentemente, há diferenças entre as duas abordagens, mas interessa aqui o fato de os dois defenderem que o ideal científico precisa de um componente pré-científico que, de certa forma, o molda. Para ambos, o método racional em si mesmo é desprovido de sentido, pois ele nasce com um propósito que, se ignorado, prejudica sua evolução ou contribuição com outros contextos. Sem essa compreensão hermenêutica, a ciência seria apenas técnica sem propósito.

A existência do pensamento qualitativo indica a insuficiência da lógica para captar todas as nuances da experiência. Essa ideia tem consequências para além da

teoria do conhecimento. Em "Art as experience", Dewey mostra como a visão pragmática pode ser ampliada para outros campos. Ver-se-á, na análise que segue, como o autor consegue conectar o intuicionismo de James e o evolucionismo de Bergson com a crítica social e política. A ponte entre esses temas é a natureza estética da experiência.

b) A estética social de "Art as experience"

Essa obra de John Dewey, publicada em 1934, é um denso e rico tratado de filosofia da arte, e uma das últimas grandes obras publicadas pelo autor. Nesse livro, é apresentado um pragmatismo maduro, pluralista sem perder a unidade, filosófico sem perder o caráter social e também político. Não se trata apenas de um livro sobre arte; trata-se de uma obra que, juntamente com "Experience and nature", publicada alguns anos antes, desenvolve à perfeição o conceito de experiência e a natureza instrumental do pensamento quantitativo. A sensação estética, tema principal, não é considerada uma característica accidental da experiência humana, algo que pode ser sobreposto à experiência pura. Para Dewey, que valoriza tanto a intuição, a arte não representa apenas um momento da experiência, mas o momento crucial dela, em que a intuição transcende o objeto intuído, sem se separar do objeto intuído. Compreender a arte é compreender a própria existência, na medida em que toda experiência é um transcender da matéria, e todo tempo presente concentra o passado e antecipa o futuro. A experiência artística mostra como a intuição não é nem passiva, nem solitária.

Foge aos propósitos da tese analisar a totalidade dessa obra. Para a discussão aqui desenvolvida, o que interessa em "Art as experience" é como Dewey faz a passagem de uma filosofia abstrata para a crítica social e política, elemento importante para a sequência do trabalho. Isso só é possível porque a epistemologia e estética do autor é também social. Ela será apresentada em quatro etapas: I) Conexões com James e Bergson; II) Ciência como arte; III) Crítica social; IV) Estética da ordem pública.

I) Conexões com James e Bergson

Em "Experience and nature", publicada nove anos antes de "Art as experience", Dewey já indicava que o conhecimento é um instrumento de sobrevivência, parte da vivência que é, essencialmente, a troca entre o organismo e o ambiente. O ser sofre os efeitos do ambiente, ao mesmo tempo que o reconstrói, estabelecendo uma cultura que será, por sua vez, causa de ações futuras. Esse raciocínio é mantido na obra em comento, numa indisfarçável sintonia com o pensamento de Henri Bergson, ao qual William James também subscreve em "A pluralistic universe". Seguindo Bergson, Dewey acredita que a humanidade está em um processo evolutivo, e acrescenta a crença na ciência como um instrumento importante para o avanço da raça humana. Essa crença no progresso, comum no século XIX e início do século XX, também está presente no pragmatismo clássico. Porém, diferentemente da fase mais radical do positivismo, a ciência é vista pelos pragmatistas como um elemento cultural amplo (não apenas técnico), fazendo parte de um grupo de ferramentas culturais que inclui a religião, a arte e até mesmo a atividade esportiva. No processo evolutivo, essas ferramentas são usadas segundo a aplicação prática de momento, e a relação que elas mantêm entre si é dinâmica.

Na explicação desse processo, a arte tem uma função especial, pois, como elemento cultural, o objeto de arte combina a capacidade técnica com a aspiração meta-física do ser humano. Os objetos de arte são testemunhas de uma cultura e, como tais, mostram como em cada época o homem pensou transcender sua situação concreta. Além disso, os objetos de arte revelam na matéria o impulso vital que transforma os elementos naturais em instrumentos culturais; o fundamento dessa transformação é orgânico. Dewey, levando essa ideia ao limite, identifica arte até mesmo em animais irracionais.

A arte está preestabelecida no próprio processo vital. Um pássaro constrói seu ninho e um castor a sua represa quando pressões orgânicas internas cooperam com os materiais externos, para então as primeiras serem realizadas e as últimas transformadas em um resultado satisfatório. Podemos hesitar em usar a palavra "arte", visto que duvidamos da presença de uma intenção diretiva. Mas toda deliberação, todo propósito consciente, nasce de situações organicamente

desenvolvidas através da ação recíproca de energias naturais. (Dewey, 1980, p. 24)⁵⁰

Para o autor, não há um sujeito ideal (ou espiritual) que tem a experiência do real, mas um organismo real e ideal que coopera com o meio ambiente e se torna parte dele. O ser humano se relaciona com o ambiente de forma sofisticada, intelectual, mas a essência desse processo é instintiva e anterior às criações da cultura. O sujeito é parte do ambiente que o cerca, e há uma ligação íntima entre a cultura humana e suas necessidades vitais; é insuficiente qualquer filosofia que isole ideia e matéria, sujeito e ambiente. Essa valorização da vida em ação é mais uma expressão das ideias de continuidade e intuicionismo defendidas por James; para Dewey, a filosofia deve acompanhar o fluxo dos acontecimentos. Explicações intelectuais não podem substituir a intuição, a vivência, pois são estáticas e limitadas a uma finalidade.

Para o autor, a intuição também é importante para o conhecimento histórico. Para conhecer outras épocas e culturas, a maneira mais original é pertencer a essa cultura, viver o cotidiano. Como somos determinados pela nossa própria cultura, esse conhecimento é sempre imperfeito, pois a nossa pré-compreensão nos impede conhecer de forma neutra outras culturas. (A propósito, tanto Dewey como a hermenêutica filosófica do século passado rejeitam de plano uma análise cultural pura ou neutra.) Para o autor, e isso não surpreende, a ferramenta mais adequada (ou menos imperfeita) para participar de visões de mundo diferentes da nossa não é a construção conceitual quantitativa, mas sim a arte, pois esta capta a experiência em sua forma mais original.

Nós entendemos isso [a arte de povos antigos] na medida em que nós fazemos disso uma parte de nossas próprias atitudes, não apenas colhendo informações acerca das condições em que isso foi produzido. Alcançamos esse resultado quando, para emprestar um termo de Bergson, nos instalamos nos modos de apreensão da natureza que primeiramente nos são estranhos. De alguma forma, nos tornamos artistas nós mesmos, uma vez que levamos a cabo essa integração

⁵⁰ Art is thus prefigured in the very processes of living. A bird builds its nest and a beaver its dam when internal organic pressures cooperate with external materials so that the former are fulfilled and the latter are transformed in a satisfying culmination. We may hesitate to apply the word "art," since we doubt the presence of directive intent. But all deliberation, all conscious intent, grows out of things once performed organically through the interplay of natural energies.

e, ao absorver [outras culturas], nossa própria experiência toma outra direção. (Dewey, 1980, p. 334)⁵¹

Dewey não se preocupa em fornecer uma definição clara e distinta da experiência estética, preferindo explicar pelo exemplo e pela relação com outras ideias. Isso não é acidental, uma vez que para o autor a estética não é um tema isolado, um objeto que possa ser separado e estudado, mas sim uma pergunta que envolve toda a experiência. Ele tece comentários sobre objetos de arte e técnica artística, e há capítulos inteiros dedicados a temas mais específicos da teoria da arte, mas a originalidade de sua obra se encontra na compreensão da estética como um tema filosófico geral, com repercussões éticas e epistemológicas. A estética é, para o autor, uma pergunta existencial: é através dela que a intuição mostra sua importância, pois nenhuma descrição lógica é capaz da riqueza imediata proporcionada por uma grande obra de arte. Mais do que beleza ou deleite, os objetos de arte concentram a matéria-prima da intuição, a emergência da situação concreta; há um encontro de sentimentos, conhecimentos, experiências passadas e antecipação do futuro que só a experiência artística proporciona. É estético não apenas aquilo que é definido como objeto de arte, mas sim tudo aquilo que é intenso. Uma religiosidade intensa, um revolucionário paradigma científico, um novo gênero literário, o nascimento ou a morte de uma pessoa, todas essas são situações que fazem o espírito se voltar para si mesmo. Nos comentários que tece sobre as obras de arte, Dewey deixa transparecer que o tema real da obra é a intuição que transcende a matéria. Essa intuição, depois de transcender o material, materializa-se novamente nas formas de cultura, ética, política, direito, ciência, técnica etc.

Quando foi comentada acima a obra de Bergson, viu-se que um componente fundamental da evolução criadora é a suposição de um propósito maior por trás do dado imediato. Essa dose de imaginação permite ao autor francês construir uma história coerente por entre as lacunas deixadas pela ciência experimental. Como a experiência vem em momentos isolados e a ligação entre eles não é evidente, é sempre possível (e inevitável) preencher com a intuição os espaços vazios, uma vez

⁵¹ We understand it in the degree in which we make it a part of our own attitudes, not just by collective information concerning the conditions under which it was produced. We accomplish this result when, to borrow a term from Bergson, we install ourselves in modes of apprehending nature that at first are strange to us. To some degree we become artists ourselves as we undertake this integration and, by bringing it to pass, our own experience is reoriented.

que só compreendemos a experiência como continuidade. Dewey segue esse raciocínio, e acrescenta a sugestão de que essa suposição de um grande conjunto por trás das experiências isoladas é a própria estética.

Supomos que a experiência tem os mesmos limites precisos das coisas com as quais ela se ocupa. Mas qualquer experiência, por mais ordinária que seja, repousa em um ambiente indefinido. Esse é o pano de fundo qualitativo que é definido e se faz perceptível nos objetos particulares e nas propriedades e qualidades específicas. Há algo místico associado à palavra intuição, e qualquer experiência se torna mística na medida em que a sensação, o sentimento do ilimitado pacote se torna intenso -- assim como acontece quando se experienciam objetos de arte.⁵² (Dewey, 1980, p. 193)

Assim, a estética de Dewey é uma situação que abrange toda experiência, desde que haja um mergulho na situação concreta e a intuição, como consequência disso, se expanda. A arte é o exemplo mais claro de que a experiência imediata só adquire sentido quando ligada ao fluxo de experiências, mas todas as situações que estabelecem ligações com o todo, e não apenas os elementos culturais mais sofisticados, podem ser consideradas estéticas. Uma verdade estética é aquela que se compreende como momento na continuidade, mesmo que não constitua um objeto de arte ou uma técnica avançada; o principal para a experiência estética é que haja uma intuição do conjunto, da continuidade trabalhada tanto por James como por Bergson. "Mesmo uma experiência crua, se é uma autêntica experiência, é mais adequada para revelar a natureza intrínseca da experiência estética do que um objeto já separado de qualquer outra forma de experiência".⁵³ (Dewey, 1980, p. 11)

II) A ciência como arte

Como já exposto, John Dewey critica o exagero intelectualista e a separação entre pensamento qualitativo e pensamento quantitativo. Para o autor há, em toda e qualquer experiência, mesmo as carregadas de categorias e raciocínios exatos, um

⁵² We suppose the experience has the same definite limits as the things with which it is concerned. But any experience the most ordinary, has a indefinite total setting. (...) This is the qualitative background which is defined and made definitely conscious in particular objects and specified properties and qualities. There is something mystical associated with the word intuition, and any experience becomes mystical in the degree in which the sense, the feeling, of the unlimited envelope becomes intense -- as it may do in experience of an object of art.

⁵³ Even a crude experience, if authentically an experience, is more fit to give a clue to the intrinsic nature of esthetic experience than is an object already set apart from any other mode of experience.

horizonte qualitativo que não deve ser ignorado. Na discussão da ciência como arte em "Art as experience", recoloca-se do problema discutido em "Qualitative thought". Há uma rica passagem que esclarece a conexão:

Aqueles especialmente afeitos ao pensamento como ocupação estão conscientes de que quando eles observam os processos de pensamento, ao invés de determinar dialeticamente o que eles devem ser, a sensação não é limitada dessa forma. Diferentes ideias carregam diferentes "sensações", suas características qualitativas imediatas, tanto quanto qualquer outra coisa. (...) Sempre que uma ideia perde sua sensação imediata, deixa de ser uma ideia e passa a ser, como um símbolo algébrico, um mero estímulo para executar uma operação sem precisar pensar. (...) Quando há [por outro lado] genuína mestria na pesquisa científica e na especulação filosófica, um pensador procede não de acordo com as regras, nem cegamente, mas de acordo com significados que existem imediatamente como sensações tingidas de qualidades.⁵⁴ (Dewey, 1980, 119-120)

Para Dewey, é possível e necessário que a experiência seja intensa, rica. Só assim o ser humano compreende seu lugar e o papel do intelecto na natureza, realizando-se plenamente. A partir do momento em que se separam as coisas práticas das coisas belas, são empobrecidas tanto a técnica quanto a beleza. Se, em "Qualitative thought" o autor se preocupa em revelar as falhas do intelectualismo, em "Art as experience" ele recupera a qualidade dos conceitos através da percepção estética. Nesta última também se denuncia a pobreza de um pensamento formal e sem conteúdo, acrescentando a maneira como o pensamento quantitativo pode ser reinserido no fluxo da experiência. Compreendendo a existência humana como a adaptação do organismo vivo ao ambiente, compreendem-se as teorias científicas como instrumentos num horizonte qualitativo.

Eu tenho de tempos em tempos trazido a concepção do conhecimento como sendo "instrumental". Significados estranhos foram imputados a essa concepção pelos críticos. Seu conteúdo real é simples: o conhecimento é instrumental para o

⁵⁴ Those who are especially addicted to thinking as an occupation, are aware when they observe the processes of thought, instead of determining by dialectic what they must be, that immediate feeling is not limited in its scope. Different ideas have their different "feels", their immediate qualitative aspects, just as much as anything else. (...) Whenever an idea loses its immediate felt quality, it ceases to be an idea and becomes, like an algebraic symbol, a mere stimulus to execute an operation without the need of thinking.(...) When there is genuine artistry in scientific inquiry and philosophic speculation, a thinker proceeds neither by rule nor yet blindly, but by means of meanings that exist immediately as feelings having qualitative color.

enriquecimento da experiência imediata através do controle da ação exercida por ele.⁵⁵ (Dewey, 1980, p. 290)

Instrumental, para Dewey, é aquilo capaz de controlar a ação, torná-la mais efetiva, permitindo ao organismo atingir seus fins empregando menos esforço. A arte é um instrumento de comunicação que concentra, no objeto sensível, cultura, sentimentos, técnica, e estabelece uma comunicação íntima entre artista e espectador que não poderia ser obtida de outra forma. O conhecimento científico, por seu turno, tem a função de dar ordem às ações que, desordenadas, fariam o sujeito desperdiçar energia. Essa última observação contém uma informação relevante: assim como a arte é importante para a ciência, a ciência é importante para a arte.

O aspecto qualitativo é evidentemente necessário na intuição artística, mas a técnica também é essencial à construção de uma obra de arte. Se os valores são essenciais para recolocar a ciência no fluxo de experiências, o conhecimento técnico também é essencial para materializar a inspiração artística. Às vezes, pelo tom anti-intelectualista do autor, fica a impressão de que experiência estética é puramente qualitativa mas, na verdade, ele crê numa dependência recíproca entre pensamento qualitativo e pensamento quantitativo. Uma compreensão total de mundo que valorize exclusivamente os aspectos qualitativos ou os aspectos quantitativos do pensamento deixa de perceber que todos os instrumentos culturais fazem parte do mesmo caldo de experiências. Os assuntos humanos, de todas as naturezas, se integram natural e necessariamente.

As artes da ciência, da política, da história, e da pintura e da poesia, todas têm no fim das contas o mesmo *material*; este é constituído pela interação do ser vivo com aquilo que o cerca. Elas diferem quanto os meios que empregam e expressam esse material, não quanto ao próprio material (...) A ciência usa o meio que é adaptado ao propósito de controle e previsão, de aumento da capacidade; isso é uma arte. Dadas condições particulares, essa matéria pode também ser estética.⁵⁶ (Dewey, 1980, p. 319-320, destaque no original.)

⁵⁵ I have from time to time set forth a conception of knowledge as being "instrumental". Strange meanings have been imputed by critics to this conception. Its actual content is simple: knowledge is instrumental to the enrichment of immediate experience through the control over action that it exercises.

⁵⁶ The arts of science, of politics, of history, and of painting and poetry all have finally the same *material*; that which is constituted by the interaction of the live creature with his surroundings. They differ in the media by which they convey and express this material, not in the material itself. (...) Science uses the medium that is adapted to the purpose of control and prediction, of increase of power; it is an art. Under particular conditions, its matter may also be esthetic.

Embora coerente, surgem dificuldades nessa ideia de Dewey. Posto que seja um erro grosseiro consagrar a separação entre pensamento e matéria, sujeito e objeto, arte e ciência e, além do mais, essas separações contrariem a própria natureza humana, surgem algumas perguntas. Se são contra a natureza da experiência essas separações ontológicas, por que a humanidade as repete com tanta frequência, e por que a filosofia cai em suas armadilhas? Por que o sujeito e as civilizações se enganariam de forma tão grosseira, e de forma recorrente?

Em primeiro lugar, não se trata de erros grosseiros, mas de dicotomias úteis. A ideia de que o ser humano possui um espírito separado do corpo, por exemplo, permite se ver como algo mais digno do que uma rocha, e uma razão separada da emoção ressalta a capacidade de agir com equilíbrio e eficiência. Cada uma dessas dicotomias possui uma função; o errado é entender as dicotomias para além dessa função, compreendendo mal a finalidade. Dito de outra forma, a utilidade dessas divisões conceituais depende do contexto. É por isso que, para compreender as contradições da experiência humana, devem ser considerados todos os elementos relevantes de um contexto, seja ele individual ou social, conceitual ou histórico. Determinadas contradições da experiência humana só podem ser explicadas com referência à situação social, logo, uma análise filosófica das contradições do nosso tempo precisa incorporar fatores sociais. É com isso em mente que o pragmatismo de Dewey é também uma crítica social. Tal ampliação do alcance da filosofia pragmatista é uma das mais relevantes contribuições desse autor, e a que mais guarda relação com o tema geral desta tese.

III) Crítica social

O mais notável na obra de John Dewey é sua capacidade de refletir criticamente sobre a sociedade usando os conceitos básicos do pragmatismo. Os temas discutidos acima (as filosofias de James, Bergson e a ciência técnico-estética) formam uma tese coerente, mas é um discurso de filósofos dirigido a filósofos. Com Dewey, o aguçado senso crítico passa harmoniosamente dos temas metafísicos para a pedagogia e a teoria social, ampliando a filosofia que já havia sido ampliada por James e levando-a para um público muito maior. Logo, quando discuto mais na frente a interpretação pragmatista das teorias sociais de John Rawls e Ronald Dworkin, não

praticou um salto revolucionário na filosofia; esse salto já foi dado por Dewey, e na exposição abaixo serão colocados os elementos que serão trabalhados nos dois últimos capítulos. A argumentação que conclui a tese é inspirada pela estética social de "Art as experience" e sua ideia de ordem pública.

Para Dewey, a interação entre organismo e meio ambiente é conflituosa: há um impulso vital que impele o ser à ação, e este se depara com a resistência do meio em que se situa. A vida é a constante superação dos obstáculos impostos pelo meio, um processo de incessante apropriação e alteração dos elementos do ambiente pelo ser vivo, que usa as ferramentas à disposição. Alguns seres possuem garras e asas, o ser humano possui a razão e a cultura; há diferenças óbvias entre a forma como humanos e animais selvagens lidam com o ambiente, mas o processo de ação e reação (*action and undergoing*) é semelhante para qualquer espécie.

Com a razão e a cultura, a interação do ser humano com meio ambiente é mais complexa do que a dos demais animais, pois o homem vive em uma comunidade e interage com ela através de símbolos. Ao transcender as limitações materiais, a espécie humana separa natureza e cultura, mas o mundo cultural também é natural na medida em que é, ele próprio, resultado de impulsos vitais. As artes, a ciência, a religião, o direito, a filosofia, a economia são resultado da capacidade natural dos homens de interagir através de símbolos. O ambiente natural do ser humano é também cultural, logo, uma teoria que explique a cultura humana separada do instinto natural é equivocada, assim como o é uma teoria que explique o instinto humano sem referência à resistência que esse instinto encontra na cultura.

Quebrada a dicotomia entre natureza e cultura, compreende-se por que Dewey liga a epistemologia e a estética à moral, à economia, à política e ao direito: a continuidade entre os âmbitos exige que o entendimento sobre o animal humano abranja também os objetos da cultura. O direito, a moral, a religião, a filosofia são mecanismos racionais e também instrumentos de sobrevivência. O salto da epistemologia para a moral através da estética não é, para Dewey, nenhum malabarismo retórico: é um passo necessário e até mesmo inevitável.

Posto isso, já se pode esclarecer melhor a insistência do ser humano com as dicotomias. É curioso perceber que a filosofia e a cultura de maneira geral transformam e elevam as dicotomias acima da sua função específica e criam seus

próprios dogmas, numa (evidente?) violação do princípio natural da continuidade. Sendo a natureza humana contínua e os elementos da cultura apenas instrumentos no fluxo da experiência, por que tantas vezes as palavras deixam de ser símbolos e se tornam objetos, e termos como "direitos subjetivos" são tratados como entidades independentes?

Dewey não se contenta com a explicação psicológica de que o ser humano precisa de segurança e, nisso, reificaria os conceitos para parar o tempo e se sentir no controle do ambiente. Essa explicação não é errada, até esclarece muitas reificações na teoria do direito, mas não funciona tão bem como crítica social. Para o pragmatista, a cisão e o empobrecimento da experiência humana em trabalho e lazer, estética e técnica se encontra no meio econômico e cultural. Não é o indivíduo que escolhe ser uma máquina de produção procurando conforto psicológico; é o ambiente social que não lhe dá alternativa. Dewey não se refere a um ambiente abstrato; sua observação é cortante porque ele explicita as feridas da sociedade em que vive.

O controle oligárquico do lado de fora dos processos e dos produtos do trabalho é o fator mais importante para impedir o trabalhador de ter um interesse íntimo naquilo que faz e produz, e que é um pré-requisito essencial da satisfação estética. Não há nada na essência da produção com máquinas que seja um obstáculo insuperável à tomada de consciência do trabalhador sobre o que ele faz e à satisfação pelo companheirismo e o trabalho bem feito. As condições psicológicas resultantes de um controle privado do trabalho de outros homens para fins de lucro pessoal, mais que qualquer lei psicológica ou econômica, são os fatores que suprimem e limitam a qualidade estética da experiência que acompanha os processos de produção.⁵⁷ (Dewey, 1980, 343-344)

Pouco antes, sobre a sugestão de aumentar a quantidade de horas de lazer para propiciar uma existência mais rica ao indivíduo:

As questões de trabalho e emprego com as quais somos tão familiarizados não podem ser resolvidas com uma mera mudança de salário, horas de trabalho e condições sanitárias. Nenhuma solução permanente é possível, salvo uma radical alteração social que modifique o grau e tipo de participação que o trabalhador

⁵⁷ Oligarchical control from the outside of the processes and the products of work is the chief force in preventing the worker from having that intimate interest in what he does and makes that is an essential prerequisite of esthetic satisfaction. There is nothing in the nature of machine production *per se* that is an insuperable obstacle in the way of workers' consciousness of the meaning of what they do and enjoyment of the satisfaction of companionship and of useful work well done. The psychological conditions resulting from a private control of the labor of other men for the sake of private gain, rather than any fixed psychological or economic law, are the forces that suppress and limit esthetic quality in the experience that accompanies processes of production.

tem na produção e na disponibilidade social dos bens que produz. (...) A ideia de que o problema básico [de oferecer ao trabalhador uma existência mais rica] pode ser resolvido meramente pelo aumento das horas de lazer é absurdo. Uma ideia como essa meramente reproduz o antigo dualismo entre trabalho e lazer.⁵⁸ (Dewey, 1980, p. 343)

É uma opinião cristalina. O problema filosófico não está separado do problema social, e o problema filosófico da divisão entre lazer e trabalho é causado por um sistema de produção que, para fins de eficiência, separa o tempo do lazer e o tempo do trabalho. A filosofia fornece uma ideia básica que permite enxergar com mais clareza o problema, mas não é uma questão a ser resolvida exclusivamente pela filosofia, no campo das ideias. A estrutura social tem reflexo no mundo das ideias com as dicotomias que impedem a fluidez do raciocínio, mas a causa da divisão é encontrada na prática. Em sintonia com os fundamentos do pragmatismo, Dewey crê que somente uma mudança nos hábitos é capaz de mudar as crenças; sem uma mudança substancial da ação, nenhuma filosofia pode livrar a humanidade dos dualismos.

Essas reflexões parecem deslocadas num livro sobre arte, mas essa impressão se desfaz quando se compreende a estética social do autor. Para construir uma ordem social, é preciso supor uma ordem social, assim como Bergson supôs uma ordem natural inteligente. Essa ideia de intuição da totalidade é estética, e a realização concreta dela também é carregada de qualidades estéticas. A obra de arte, ao despertar esses sentimentos, desperta não somente o prazer sensível, mas também o pertencimento a uma cultura, a ligação entre artista e espectador num objeto que é, de certa maneira, uma miniatura da compreensão do homem sobre si e seu meio. Uma boa obra de arte é aquela que permite ao observador ultrapassar as qualidades imediatas e perceber o universal; nesse processo, o espectador também é artista, na medida em que contribui com suas próprias concepções e com a disposição para perceber a substância por trás das formas. "[A civilização] é uma questão de comunicação e participação em valores da vida por meio da imaginação e

⁵⁸ The labor and employment problem of which we are so acutely aware cannot be solved by mere changes in wage, hours of work and sanitary conditions. No permanent solution is possible save in a radical social alteration, which effects the degree and kind of participation the worker has in the production and social disposition of the wares he produces. (...) The idea that the basic problem can be solved merely by increase of hours of leisure is absurd. Such an idea merely retains the old dualistic division between labor and leisure.

participação, e obras de arte são o meio mais íntimo e potente para auxiliar indivíduos a compartilhar as artes da vida". ⁵⁹ (Dewey, 1980, p. 336)

A arte cumpre a função social de reforçar os sentimentos coletivos, ao mesmo tempo que o indivíduo, vendo a si mesmo na obra de arte, enriquece suas experiências particulares. Essa função da arte para o sentimento de coletividade e para a ordem social é a resposta pragmática de Dewey aos problemas da ordem pública em uma sociedade plural.

IV) A estética da ordem pública

O mesmo princípio de unidade que permite ao pragmatista diagnosticar os problemas políticos e econômicos também o capacita a compreender a função dos símbolos sociais na manutenção da ordem pública. A arte, como meio de comunicação, permite aos cidadãos compartilharem as coisas da vida, posto que os objetos de arte são símbolos da transcendência e testemunhas materiais da história. Não obstante, como já visto, a experiência estética não está apenas na prática social que leva o nome de arte (pintura, escultura, música, artes cênicas etc.), mas em tudo aquilo que enriquece a experiência com um sentido, um propósito. Todos os símbolos sociais dotados de significado, ainda que não se enquadrem na definição usual da arte, são fonte de experiência estética.

Os monumentos públicos, os edifícios suntuosos, as vestes de autoridade, todos são mais do que a matéria de que são compostos. A cultura os tinge de significado, transformando-os em símbolos de práticas sociais e instrumentos que publicizam essas práticas. Para que sejam tingidos, é necessário uma disposição dos participantes, uma disposição ao universal que é moldada de acordo com cada cultura. Cada contexto cultural produz seus próprios símbolos, que variam na forma, mas não na matéria: são todas expressões sensíveis do sentimento de grupo. Cada cultura possui vários deles, diferentes quanto à complexidade, extensão do significado, função a que se destinam, entre outros fatores, mas eles em conjunto são a

⁵⁹ [Civilization] is a matter of communication and participation in values of life by means of the imagination, and works of art are the most intimate and energetic means of aiding individuals to share in the arts of living. Civilization is uncivil because human beings are divided into non-communicating sets, races, nations, classes and cliques.

concretização necessária do sentimento de grupo. É por isso que, para Dewey, a forma mais efetiva para conhecer uma outra cultura é estudar sua arte.

Essa linha de raciocínio não é estranha à filosofia do direito, uma vez que o direito é essencialmente simbólico. Uma constante a várias leituras do direito -- sejam liberais, marxistas, positivistas ou jusnaturalistas -- é que o direito é composto de símbolos. A norma é um símbolo de autoridade, carregado de valor e com consequências materiais, e dependente da suposição de validade por parte de seus destinatários. Muitas vezes, o valor de uma lei é meramente estético, pura imagem, não sendo por isso menos útil à ordem social.

A Carta Magna é tida como o grande estabilizador político da civilização anglo-saxã. Mesmo assim, ela operou mais com base no **significado advindo da imaginação** do que pelo seu conteúdo literal. Há elementos passageiros e elementos duradouros numa civilização. As forças duradouras não são separadas: são funções de uma miríade de incidentes passageiros, uma vez que os últimos são organizados em significados que moldam as mentes. A arte é a grande força que efetiva essa consolidação. (...) **Os comandos religiosos e o poder do direito são eficazes enquanto investidos de uma pompa, uma dignidade e uma majestade que são produto da imaginação.** Se os costumes sociais são mais que ações rotineiras, é porque elas são carregadas de história e transmitem significado. (Dewey, 1980, p. 326, destaque meu)⁶⁰

É especialmente intencional o uso do termo "imaginação", pois o autor poderia ter utilizado "significado", "sentimento", "respeito", "contexto", e então esse trecho não suscitaria maiores reflexões. Porém, com a escolha desse termo, Dewey leva até o limite a concepção pragmática que inspirou James e Bergson. Supõe o autor que, para ter eficácia prática, para agir e representar uma sociedade, muitas vezes basta a imaginação, assim como James se referiu à fé em "The will to believe". Assim como este, o autor de "Art as experience" não acredita numa ordem social apenas estética, apenas sustentada pela imaginação, mas considera a imaginação um componente válido na totalidade da experiência. Sua eficiência da experiência estética na construção da ordem pública não pode ser negada, seja para a manutenção (p. 326),

⁶⁰ The Magna Carta is held up as the great political stabilizer of Anglo-Saxon civilization. Even so, it has operated in the meaning given it in imagination rather than by its literal contents. There are transient and there are enduring elements in a civilization. The enduring forces are not separate; they are functions of a multitude of passing incidents as the latter are organized in the meanings that form minds. Art is the great force in effecting this consolidation. (...) The ordinances of religion and the power of law are efficacious as they are clothed with a pomp, a dignity and a majesty that are the work of imagination. If social customs are more than uniform external modes of action, it is because they are saturated with story and transmitted meaning.

seja para a renovação dos paradigmas de ordem: frise-se que a arte pode alimentar atitudes a favor e também contra a ordem estabelecida (p. 348).

Num artigo chamado "John Dewey's social aesthetics", de 2005, o professor Jason Kosnoski destaca, de vários momentos da obra do pragmatista, os elementos de uma teoria social derivada do abrangente significado que Dewey dá ao termo "estética". Como visto, o autor de "Art as experience" não se refere com esse termo apenas ao que usualmente é considerado arte, mas sim a qualquer experiência enriquecida pela noção de conjunto, de conexão com um todo indefinido. Kosnoski, baseando-se em obras diferentes do mesmo autor (como "Public and its problems", de 1927), segue a mesma linha de raciocínio aqui desenvolvida.

Em seu artigo, Kosnoski analisa o caráter fragmentado do espaço público, e as consequências nefastas dessa fragmentação para o indivíduo, a moral, a arte, a filosofia, a religião etc. Com a modernização e a revolução industrial, em vez de se aumentarem a prosperidade social e a utilidade das informações, há uma generalizada confusão. As fontes de poder ficam camufladas, com as decisões distantes demais do dia-a-dia dos cidadãos e, com a interação impessoal da sociedade industrial, a grande sociedade não é uma verdadeira associação de indivíduos. Diz o autor:

Ele [Dewey] especificamente declara que, apesar de o indivíduo moderno possuir uma quantidade sem precedente de fatos e interpretações com as quais entender a sociedade, ele de fato permanece mais confuso do que nunca. (...) Isso resulta numa situação onde o público fica "perdido", um fenômeno que ao mesmo tempo desencoraja a atividade política e leva os cidadãos a se tornarem cada vez mais dependentes das normas tradicionais que parecem prover estabilidade num mundo cada vez mais caótico. (Kosnoski, 2005, p. 195) ⁶¹

Esse fracasso da sociedade capitalista é denunciado por Dewey em várias de suas obras, sempre reforçando que o indivíduo é vítima de um ambiente que não lhe deixa efetivar sua liberdade. As comunidades cresceram e agora são sociedades, que funcionam como um grande sistema de produção, em que a quantidade de bens é cada vez maior mas, paradoxalmente, a miséria aumenta. Mais do que isso, os valores morais e o senso crítico do indivíduo ficam prejudicados porque os elementos de sua

⁶¹ He specifically stated that although the modern individual possesses a previously unheralded amount of facts and interpretations with which to understand society, he/she in fact remains more confused than ever before. (...) This results in a situation where the public becomes "lost," a phenomenon that both discourages political activity and leads citizens to become increasingly dependent upon traditional norms that seem to provide stability in an increasingly chaotic world.

experiência foram separados em compartimentos independentes -- lazer/trabalho, técnica/ética, indivíduo/sociedade. A quebra da continuidade da experiência causada pelo sistema de produção impede a percepção estética da ordem social e a participação qualitativa do cidadão no meio do qual depende. Ao não ser dono de sua experiência, o indivíduo perde a visão do conjunto, fica confuso e sua vida fragmentada lhe impede uma existência com significado.

Essas últimas observações são a crítica da sociedade a partir da estética de Dewey, mas este ousa e acrescenta seus próprios elementos estéticos na explicação que dá à sociedade, enfatizando o caráter qualitativo de sua própria filosofia. Os elementos qualitativos por ele trazidos são o retorno à pequena comunidade e o modo de vida dos pioneiros da América do Norte.

Segundo Kosnoski, um dos erros mais comuns daqueles que interpretam a obra política de John Dewey é não perceber que muito do que ele fala não tem significado literal; para entender o que ele diz, é necessário captar todo o sentido figurativo. Isso não é à toa; como Dewey é um admirador dos aspectos estéticos da experiência, a leitura de sua obra precisa também de uma percepção artística.

Dewey defende que a solução para a fragmentação da sociedade industrial é estimular, através de um processo educativo abrangente, os sentimentos de participação típico das pequenas comunidades. O contato face a face implicaria uma interação mais genuína, permitindo ao indivíduo saber as causas e o resultado de suas ações, numa percepção mais integrada e harmoniosa do conjunto. Numa leitura não estética, pode-se pensar que o pensamento do autor é que, ou devemos promover uma ampla reforma social que elimine as grandes comunidades, ou possamos criar pequenas comunidades no seio da grande sociedade -- uma espécie de oásis de participação e tolerância no meio do deserto da sociedade industrial. Essas leituras são insuficientes, pois negligenciam o íntimo da experiência estética, isto é, a liberdade do indivíduo para que ele próprio construa sua visão de mundo. A mudança social profunda não pode ser planejada, "de cima para baixo", mas deve unir a liberdade mais simples do indivíduo com os temas mais gerais, "de baixo para cima".

À sociedade fragmentada, não bastam medidas isoladas, como a criação de associações de bairro ou redução da carga de trabalho semanal, pois o problema não reside isoladamente na inexistência de pequenas associações ou nas poucas horas de

lazer. O problema social é mais profundo, pois já está condicionada a percepção que o indivíduo tem sobre si e sobre seu meio. A mudança deve começar pela educação em sentido amplo.

Maior perigo para o indivíduo do que a incapacidade de perceber o significado possuído por um objeto isolado reside na longa exposição a uma estética social fragmentada, que produz hábitos que inibem a capacidade de perceber o sentido social (...) Ambientes inevitavelmente alternam entre períodos de harmonia e conflito, com ambientes harmoniosos apresentando claramente significados e ambientes conflituosos requerendo esforço extra para discerni-los. No entanto, a exposição exclusiva a uma estética social caótica deixa o indivíduo sem a experiência do "sentir" das relações entre ideias, e também sem a capacidade de construir essas relações. (Kosnoski, 2005, p. 202-203)⁶²

O problema, portanto, não é a contínua exposição a um ambiente caótico, mas os danos permanentes que essa exposição causa ao privar o indivíduo de seu senso estético. Antes de alterar a superestrutura social, é necessário alterar a estrutura dos hábitos mais básicos dos indivíduos. É no sentido estético de ressignificar as práticas cotidianas que deve ser entendida a referência às pequenas comunidades, e não como um simples atavismo ou um projeto social de criar associações de bairro. Antes de marcar data, hora e local para decidir, por exemplo, sobre o orçamento participativo, é necessário que as pessoas que participam da deliberação já venham educadas para aquele foro de discussão. Uma disposição estética do indivíduo, construída passo a passo durante toda uma vida, faz-se necessária para sua participação ter um propósito.

Para explicar essa especial disposição do espírito, Dewey acrescenta à imagem das comunidades a imagem do colono (*American pioneer*), mas, uma vez mais, não como um mero elogio ao passado. Seu objetivo é mostrar que o espírito experimental, participativo e ambicioso do colono em suas comunidades deve servir de inspiração na criação de um novo individualismo, que renove, nas grandes

⁶² The greater danger to the individual than the inability to perceive the meaning possessed by any individual thing lies in long exposure to fragmented social aesthetics, which produces habits that inhibit the ability to perceive social meaning (...) Environments inevitably alternate between periods of harmony and discord, with harmonious environments immediately admitting of meaning and chaotic environments requiring extra efforts to discern meaning. However, exclusive exposure to chaotic social aesthetics leaves the individual with no experience of the "feel" of the relationship of ideas, nor the ability to construct these relationships.

sociedades, o sentimento de grupo e provoque mudanças. Três são as lições principais que podem ser tiradas do modo de vida dos colonos.

A primeira é que os colonos pioneiros também lidavam com uma grande quantidade de informações, mas elas estavam relacionadas. Como viviam em pequenas comunidades, o local onde comiam era próximo de onde trabalhavam, e um problema era ligado a outro. Sem uma rígida divisão de tarefas e especialização, a eles era possível absorver e dar novo significado à grande quantidade de informações disponível. Em suma: a estrutura daquela sociedade não era fragmentada.

A segunda característica é que eles não tinham medo da mudança, uma vez que eram a própria mudança. Como não havia um Estado estabelecido, novos problemas apareciam constantemente, e eles tinham que resolver caso a caso. Com uma predisposição estética favorável, o pioneiro espera as mudanças não em pânico, mas na esperança de enriquecer a própria experiência, mantendo a ordem diante dos desafios que surpreendem.

A terceira característica é o cultivo dessa predisposição nas ações mais mundanas, como no cuidado com a plantação. O ritmo mais pausado do seu dia-a-dia dá ao colono mais tempo para refletir, permitindo-lhe enxergar as conexões entre a ação física imediata e a ordem social da qual participa. O operário das fábricas não tem controle sobre o ritmo de seu trabalho, e isso lhe impede a reflexão.

Note-se que, com essa imagem, Dewey não fala do colono histórico, mas de uma recriação sua com base nas carências que ele encontra na sociedade do seu tempo. Não se trata de um plano político, uma teoria social complexa ou um resgate histórico objetivo. Os aspectos negativos da expansão para o oeste, como as guerras com os índios, são deixados de lado. Sua recriação, apoiando-se numa ideia familiar do público a que se dirige, serve para despertar a reflexão; é uma construção estética, retórica. Como construção retórica, não cabem contra ela argumentos como "nunca houve comunidades como ele descreve" ou "só se ressaltaram os aspectos positivos dos colonos, e deixaram-se de lado os negativos". O jogo de linguagem aqui é outro, e visa, como uma obra de arte, despertar a intuição com a criação de uma imagem.

É claro que, em se tratando de uma teoria social, não pode ser formada apenas por elementos retóricos, metafóricos, alegóricos. Há convenções que devem

ser seguidas, descrições de mundo que garantam a comunicação entre autor e leitor, reconhecendo os signos de ordem. Quando se fala na essência estética da ciência e da experiência como um todo, não se quer com isso declarar que tudo deva ser estético, tudo deva ser intenso, que cada experiência deva ser vivida com toda energia possível. Também não se quer dizer que as teorias do direito e da política virem literatura de ficção. O que James, Bergson e Dewey mostram com seu pragmatismo é a possibilidade de, na inexistência de crenças firmadas na comunicação intersubjetiva, não constitui um erro lógico preencher os espaços com criatividade. Pelo contrário, é até necessário, dada a necessidade da visão do conjunto. Esse preenchimento estético dos espaços, sendo adequado para situações de incerteza, são uma válida alternativa à incerteza pós-moderna.

5.5 A estética pragmática como resposta à pós-modernidade

Apesar de se construir uma narrativa unitária do pragmatismo clássico, este é, como se disse no início do capítulo, uma doutrina rica e heterogênea. Some-se a isso a produção de alguns dos seus textos principais terem se dado há cerca de um século, inspirando diferentes e às vezes incompatíveis correntes nesse percurso de tempo, e se conclui que uma análise dessa doutrina precisa efetuar cortes. Embora se tenha falado nas páginas anteriores em "o" pragmatismo, ele se apresenta sob variadas formas. Foi exposto um pragmatismo, mas não todo o pragmatismo. O que aqui se busca do pragmatismo é uma resposta estética ao desencantamento da pós-modernidade. Vejamos.

No primeiro capítulo da tese, foi visto o desamparo pós-moderno, na figura de Karl-Otto Apel. Esse autor acredita numa cisão entre existencialismo e filosofia analítica que, para a filosofia do século XX, teve consequências nefastas. A solução para ele é uma complexa engenharia filosófica que revê o projeto kantiano a partir dos jogos de linguagem de Wittgenstein, à qual ele dá o nome de pragmática transcendental. O termo "pragmática" não é usado no sentido da filosofia de James ou Dewey, pois a discussão de Apel se produz no âmbito das ideias. Como vimos, para os pragmatistas os conceitos não possuem uma realidade própria, não compreendendo

como a filosofia pode em abstrato, como deseja Apel, resolver seus próprios problemas.

No segundo capítulo, examinou-se o sentimento antipositivista no direito, pois este é um ramo que não somente é um bom objeto para teorias filosóficas sobre a ordem, como também é a área que mais pode se beneficiar dos resultados dessas teorias. Viu-se que a dicotomia entre positivismo e antipositivismo perde força quando se consideram as teses positivistas como teses instrumentais. Compreendeu-se, na discussão sobre Dewey, em que consiste o caráter instrumental de uma teoria: teorias servem como instrumento para enriquecer a experiência através do controle que oferece à ação. Assim, o positivismo jurídico, quando visto como instrumento em uma totalidade, nada mais é do que um facilitador da ordem pública, que é sua finalidade estética. Uma boa tese positivista, como a de Hart, compreende-se como instrumento num contexto, e o autor possibilitou essa perspectiva quando indicou suas razões -- pragmáticas -- para manter a separação entre direito e moral.

No terceiro e no quarto capítulo, deu-se uma leitura pragmática do iluminismo. Essa leitura resulta na identificação de duas formas de iluminismo. O primeiro incorpora a esperança de que a natureza seja controlada pela vontade e razão humanas, apoiado numa ideia metafísica que recebe o nome de ideal artesanal. Com a queda desse ideal e o crescimento das ciências experimentais, a verdade iluminista ganha traços mais sutis: uma esperança humanista pelo progresso através da ciência, mas esta como instrumento de liberdade, e não como substituta da fé religiosa. Quem desenvolve essa leitura é Ian Shapiro, mas não só ele, pois Posner com seu método econômico dá exemplo da aplicação instrumental do método científico. Esse último autor traz também contribuições à interpretação jurídica, pois, mesmo sem ter uma teoria do direito clara e unitária, analisa a teoria jurídica de seu tempo sob o ângulo pragmatista, antecipando a discussão do presente capítulo.

No capítulo atual, foi traçado com mais detalhes o que se entende por verdade pragmática ou estética. Essa ideia, vinda do pragmatismo clássico, começa com a abertura que William James dá à noção de consequências práticas, incorporando elementos não-empíricos e causando, para Peirce, a divisão entre pragmatismo e pragmaticismo. Essa abertura declara que, em determinadas situações, é possível reconhecer ficções como verdades; até as teorias contêm partes imaginadas,

e mesmo a ciência crê numa ideia de verdade que ela mesma, a ciência, não é capaz de provar. Isso, para o autor de "The will to believe", autoriza o pensamento racional a alçar vôos criativos, criando assim uma explicação global que harmoniza e dá motivação ao sujeito. Na sequência, vê-se como a evolução criadora de Henri Bergson é um exemplo preciso da aplicação teórica da vontade de crer, compondo uma teoria que é, ao mesmo tempo, metafísica e científica. Sua poderosa concepção da vida inspirará Dewey a dar números finais à ideia lançada por James e Bergson.

John Dewey mantém as ideias centrais do pragmatismo clássico de Peirce e James, e acrescenta uma preocupação política e social que não apenas dá mais unidade a essas ideias, como também expande o pragmatismo para inéditos e relevantes âmbitos. Seus trabalhos, numerosos e abrangentes, sempre trazem a relação do homem com o meio, mas principalmente o meio social. O protagonismo deste último no pensamento do autor fica claro por dois fatores. Primeiro deles, suas discussões sobre outros assuntos, como a estética, chegam cedo ou tarde aos temas sociais, e estes aparecem como causa principal dos problemas no campo das ideias. O segundo fator é a clareza de estilo nos seus escritos políticos, se comparados ao hermetismo de suas obras mais filosóficas. Essa última consideração está aberta ao debate, mas resta unânime que suas convicções políticas são indissociáveis de sua filosofia.

Há duas formas de coragem que chamam atenção na obra do autor. A primeira, mais evidente, é sua coragem política: sua posição, apesar de liberal, é inspirada no socialismo de Karl Marx. Mesmo em "Art as experience", um livro sobre filosofia da arte, ele encontra uma forma de levantar a discussão e não faz a menor questão de disfarçar; é um homem convicto. A segunda, mais sutil, são os poderosos conceitos de experiência e estética. São conceitos que são definidos enquanto ele discute os temas, e assumem formas diferentes de acordo com o momento da discussão; e são elementos centrais da sua filosofia. Quando ele distribui sua ideia estética por tantos planos, por vezes é mais coerente, por vezes menos, mas a coerência não é seu objetivo (ou talento) principal. Na discussão desses termos ele expõe, nas idas, vindas e contradições de seu próprio texto, o dinamismo e a riqueza da experiência estética. Essa natural incoerência é a forma original que ele encontrou para o leitor não apenas compreender, mas também sentir a sua filosofia.

Por último, é necessário frisar que sua ousadia não é absoluta. Dewey não é um autor de ficção, e a atenção dispensada por ele às formas mais sóbrias de exposição e aos dados históricos não pode ser negligenciada. Ele sabe que sua teoria social é estética, e é intencional o caráter artístico do seu texto, mas ele sabe também que a estética é apenas um ângulo da experiência. Se ele considerasse válida apenas a forma mais estética e radicalmente pragmática de comunicação, ele estaria criando uma dicotomia excludente e violando um dos princípios fundamentais de seu pragmatismo.

Usos mais ousados de uma linguagem metafórica na explicação do direito e da sociedade foram efetuados por John Rawls e Ronald Dworkin. Estes autores, percebendo as limitações de uma linguagem puramente objetiva para o que desejavam expor, resolveram encobri-las com explicações abrangentes que abusam do potencial estético de uma explicação. À primeira vista, parece um desvio dos cânones tradicionais de uma sóbria ciência social, beirando o irracionalismo. No entanto, quando se compreendem os fundamentos da verdade pragmática, a atitude dos dois autores pode ser lida como um uso estratégico da riqueza da experiência. Na identificação de problemas sociais sérios sem um vocabulário suficientemente efetivo para os resolver, tanto Rawls como Dworkin inserem, no ambiente democrático, imagens que provocam reflexões úteis para a ordem social. Na falta de referenciais puramente racionais para a ordem pública que defendiam, a vontade de crer os fez formular ilusões para superar, estética e pragmaticamente, os desafios que a pós-modernidade impõe às teorias morais.

6. A teoria de John Rawls

6.1 Sobre teorias da justiça

Quando se trabalha uma questão tão complexa como a justiça, há uma miríade de abordagens possíveis. Pode-se falar de uma justiça individual ou social, humana ou divina, formal ou material, entre muitos outros tipos e classificações. Na filosofia jurídica, questionar-se sobre a justiça é quase obrigatório, pois, linguística e historicamente, direito e justiça estão ligados. Uma lei boa é uma lei justa, o sistema jurídico deve garantir a justiça formal e material, uma sociedade justa precisa de um bom direito, um juiz justo só o é se aplica corretamente o direito, entre muitas outras possíveis conexões. Para a cultura ocidental, pelo menos desde os romanos, um sistema de leis e o valor de justiça, com notável frequência, são discutidos juntos.

Para os fins desta tese, há duas formas de se trabalhar filosoficamente a justiça. A primeira, mais conceitual e individual, identifica a justiça com um valor separado das situações particulares, uma qualidade possuída por quem também possui sabedoria e prudência. A faculdade de ser justo é a de pôr as coisas em seu devido lugar, viver honestamente, dar a cada um o que é seu. Essa primeira forma de justiça é tratada como a capacidade de tomar decisões corretas, e pode ser uma qualidade inata ou adquirida. As teorias da interpretação no direito costumam usar essa versão salomônica quando concentram as variáveis do justo no momento da decisão judicial; as leis da argumentação e racionalidade jurídicas atuam, nesses casos, como limitadores da injustiça e do subjetivismo.

Essa forma vê, ainda, a justiça do ponto de vista do indivíduo, e das qualidades que ele carrega para tornar justo o ambiente no qual atua. Pela sua abstração, dela resultam grandes reflexões filosóficas e obras artísticas, mas sua influência sobre questões práticas é tipicamente indireta. Na sua forma modesta, pode aparecer como um tratado estoico de Cícero, ou uma declaração de direitos humanos; na sua forma mais racionalista, pode vir como o metodologismo de uma teoria da ponderação de princípios que tenta generalizar e antecipar decisões prudentes. Seu campo de atuação é tipicamente restrito àquilo que o indivíduo pode fazer ao se deparar com um problema.

Uma segunda forma de teoria da justiça não nega que um indivíduo pode ser prudente ou que a prudência pode ser, até certo ponto, racionalmente sistematizada, mas a ênfase maior é no contexto social e nas instituições que condicionam situações justas. Uma teoria da justiça desse tipo pressupõe valores sociais, prefere uns e não outros, e se preocupa em detalhar como uma sociedade pode institucionalmente garantir e promover esses valores. A justiça aqui é social, impura, inserida muitas vezes em um ambiente competitivo, povoado por agentes racionais que buscam seu próprio bem. Essa teoria da justiça tira do indivíduo a responsabilidade de ser justo -- ele é livre --, concentrando seus esforços nos símbolos sociais e nas relações que os indivíduos mantêm através desses símbolos. Como os indivíduos, para essa segunda forma, são independentes, diferentes e egoístas, fazer justiça é minimizar institucionalmente o mal que um ser humano tende naturalmente a causar a outro.

Desse segundo tipo, mais político que individual, talvez não resultem obras tão artisticamente inspiradas sobre a justiça, embora ilumine questões políticas mais amplas; pela sua visão fatalista da natureza humana, tende a ter mais sintonia com o mundo prático do que uma obra que instrua a viver honestamente. Podem ser incluídas, nessa segunda forma de teoria da justiça, as obras dos contratualistas clássicos. Esse segundo tipo também não costuma gerar boas teorias da interpretação jurídica, porque se concentra na ordem pública -- um momento anterior à decisão judicial propriamente dita.

É digno de nota que as teorias da interpretação jurídica tenham negligenciado teorias como a de John Rawls e o discurso político que fundamenta historicamente os princípios, direitos humanos, fundamentais etc. É como se sua construção simbólica acontecesse só no interior do fórum, o que não é verdade. O contexto social e político, não raras vezes, é absorvido por um jogo de linguagem jurídico que só superficialmente toca o jogo de interesses, as imperfeições e imposições de poder intrínsecas à construção do direito. Por estratégia ou incapacidade dos juristas, o diálogo jurídico se isola do diálogo político, como se a estrutura social fosse algo complexo ou contaminado demais para ser inserido na equação da sentença. As causas para um isolamento desse tipo são complexas, e merecem uma análise interdisciplinar que exigiria mais de um trabalho dedicado só a essa questão, mas, de toda sorte, duas conclusões podem ser tiradas do contexto geral. A primeira, que a

construção simbólica do direito, que termina na sentença, começa fora dele. A segunda, derivada da primeira, é que excluir de uma teoria da interpretação jurídica essas questões mais gerais da teoria social é uma decisão unilateral do teórico do direito. Se os juízes são cidadãos como quaisquer outros, e se não há teorias sociais que aceitem os cidadãos como agentes racionais puros, por que o discurso jurídico deve ser estudado como um discurso racional? E por que se concentrar na decisão do juiz?

É possível que o direito tenha boas razões para se isolar de outros campos do saber, e é também possível que a linguagem jurídica precise de um pressuposto como o do juiz racional, seja por legitimidade, eficiência ou outra razão qualquer. Cada campo do saber possui suas próprias questões, e o direito também tem as suas. Essa é uma hipótese razoável e, mal ou bem, tem historicamente funcionado, mas a independência do campo jurídico e a racionalidade da decisão judicial não podem ser simplesmente aceitas pelo filósofo. O fracasso da teoria do direito em encontrar um método para a decisão, ou o esgotamento da filosofia da linguagem e da filosofia pós-moderna na construção de questões jurídicas relevantes, são sim importantes dificuldades da teoria do direito atual. Sem dúvida, elas devem ser objeto de reflexão, mas não está claro que a solução para suas limitações seja reduzir o âmbito das questões jurídicas, especializando o debate filosófico; talvez seja apenas necessária uma mudança de perspectiva, mantendo as questões filosoficamente amplas da teoria do direito.

Concordando com essa segunda hipótese, até agora a tese tem mostrado as sutilezas de algumas questões metodológicas (ou epistemológicas) da filosofia do direito. Como visto no capítulo anterior, o problema metodológico não pode ser excluído do problema social ou político, uma vez que o homem é um animal determinado pelo meio, e seu meio também é composto por instituições e linguagem por ele desenvolvidas. Compreender esses símbolos de ordem e como o homem se relaciona esteticamente com eles é necessário para uma teoria do conhecimento que desistiu de verdades absolutas, mas ainda precisa encontrar pontos de apoio racionais. Esses apoios não se acham numa racionalidade objetiva individual (solipsista, diria Apel), mas em símbolos públicos de ordem que se apresentam esteticamente ao indivíduo. Nesses símbolos, que não se resumem às instituições oficiais, o indivíduo

se reconhece e se relaciona com os demais seres. Os símbolos devem conviver com os desvios da razão, o egoísmo, as imperfeições que fazem também parte da condição humana. É por isso que aqui serão apresentadas teorias que trabalham com esse pressuposto, compreendendo a justiça como a junção algo desordenada dos símbolos de ordem pública. Para os dois autores discutidos nestes últimos capítulos, a justiça não é apenas um conceito, mas uma situação construída social e esteticamente. Trata-se aqui de interpretar dois autores tendo em mente um conceito de justiça do segundo tipo, mais social, simbólico, institucional, político e, na leitura pragmatista, estético.

O primeiro deles, John Rawls, exemplifica à perfeição o segundo tipo de teoria da justiça. Para ele, a justiça é garantida pelo procedimento que incorpora princípios numa estrutura social equilibrada. Elaborando um meio termo entre um sistema puramente eficiente (utilitarismo) e um sistema de rígidos princípios morais (intuicionismo), ele desenvolve uma teoria da justiça que não diz, inicialmente, por que os princípios que escolhe são os mais justos, confiando na identificação do leitor com sua descrição de sociedade bem ordenada. Posteriormente, ele muda seu pensamento e se volta para uma construção política da estrutura social, numa exposição bem menos racionalista e densa, e também menos pretensiosa do ponto de vista metodológico.

O segundo autor, Ronald Dworkin, à primeira vista, discute a justiça da primeira forma, mais individual e conceitual, concentrando forças no momento da decisão judicial. Contrariando essa ideia, a leitura que aqui se faz dele, talvez minoritária, encaixa sua teoria no segundo tipo. Sua teoria da interpretação jurídica não presume os juízes como agentes racionais, como aparenta quando ele fala do juiz Hércules e da resposta correta. Da mesma forma, ele não presume uma sociedade íntegra e moral. De fato, sua ideia de direito como integridade sugere uma ordem moral e racional, com juízes comprometidos com o grande propósito, mas a interpretação que desenvolvo aqui é outra. Essas figuras de unidade e integridade, certeza e verdade, são lidas nesta tese como respostas do autor a uma sociedade desordenada, uma ficção em forma de antítese que pretende aplacar, nele e em seus leitores, o sentimento de incerteza, inspirando-os a lutar por uma sociedade jurídica e moralmente íntegra. Sua teoria é uma mensagem de esperança, que tenta inspirar esteticamente a construção de uma sociedade mais ordenada.

Friso, novamente, que essas não são análises completas desses autores, mas uma visão de suas teorias a partir dos fundamentos pragmáticos discutidos no capítulo anterior, tendo em vista uma teoria da justiça como ordem pública e estética. Isso abre caminho, de uma forma geral, para uma análise dos elementos estéticos do discurso jurídico não enquanto obras de arte, mas como auxiliares de uma racionalidade jurídica que cumpre uma função pública específica. É uma forma de inserir pressupostos e expectativas diferentes na teoria do direito que, se bem sucedida, evita algumas encruzilhadas filosóficas frequentes na pós-modernidade.

6.2 John Rawls: da estrutura racionalista à estética do consenso coincidente

a) Visão geral e os princípios de justiça

John Rawls é um dos autores mais importantes do século XX, e sua teoria da justiça impactou fortemente as ciências sociais. Muitas de suas conclusões são contestáveis, mas sua influência vai além de suas opiniões teóricas ou políticas. Mais do que seu posicionamento em questões particulares (como o aborto ou as formas de governo), sua forma de discutir a ordem social é influente e esclarecedora. Ele não procura valores objetivos ou universais, mas propõe uma forma de minimizar os problemas da divergência moral e da escassez de recursos. Presumindo que os cidadãos têm opiniões diferentes e agem para garantir o seu próprio bem estar, ele constrói uma teoria da justiça apoiada em uma quantidade mínima de valores sociais que podem ser aceitos por todos os membros de uma sociedade democrática. A partir desses valores mínimos ele constrói, aos poucos, uma estrutura social que visa garantir uma liberdade formal e a maior quantidade possível de direitos básicos a todos os membros da sociedade.

Em sua obra mais influente, "Uma teoria da justiça", Rawls trata da distribuição de bens e direitos numa sociedade em que não há bens e direitos para todos, e em que seus cidadãos têm capacidades e interesses diferentes. Essa descrição corresponde a qualquer grande sociedade da segunda metade do século XX (a primeira edição do livro foi publicada em 1971). Ele apresenta sua teoria entre duas ideias conflitantes de uma sociedade: de um lado, o perfeccionismo, de outro lado, o utilitarismo. O perfeccionismo seria a filosofia de uma sociedade platônica, em que

um conjunto de valores é considerado o objetivo supremo e tudo deve convergir para esses valores. Sociedades que busquem o avanço nas artes ou na técnica, ou favoreçam um deus ou uma raça, são consideradas sociedades desse tipo. Nelas, há uma concepção clara, e essa concepção guia todos os esforços públicos organizados. O utilitarismo, por outro lado, busca a maior satisfação para maior quantidade possível de pessoas. Nesse caso, a sociedade não deve buscar um conjunto de valores fundamentais, mas utilizar todos os meios disponíveis para conseguir a maior soma de felicidade para toda a sociedade. Dito de forma simples, o perfeccionismo seria uma doutrina em que se sacrificam os fins em nome dos meios (valores), o utilitarismo seria uma doutrina em que valeriam quaisquer meios, desde que eficientes para alcançar a maior felicidade geral.

O autor almeja um meio termo entre essas doutrinas, mas ele não argumenta para que aceitemos um meio termo pronto e acabado; em vez disso, engendra um processo de convencimento a partir de premissas básicas de liberdade e igualdade que devem ser aceitas de antemão pelo leitor. Este ponto é essencial para compreender sua teoria: Rawls não argumenta com quem não concorda com suas premissas liberais; ele não está numa cruzada iluminista, tentando convencer totalitários dogmáticos a adotarem um sistema político liberal. Ele conversa com quem já concorda sobre adotar um sistema político tolerante, que sustente uma quantidade mínima de valores morais e ao mesmo tempo promova a maior prosperidade material para o maior número de pessoas possível. Como diz Burton Dreben:

Filósofos demais, mesmo hoje em dia, passam muito tempo tentando argumentar em abstrato a favor do liberalismo político contra, vamos dizer, o totalitarismo e coisas assim. Esse não me parece um projeto filosófico que valha a pena. Se alguém não consegue ver os benefícios de viver numa democracia liberal constitucional, se não vê a virtude desse ideal, então eu não sei como convencê-lo. Para ser franco, algumas vezes me perguntam, quando falo sobre Rawls, "O que você diria a um Adolf Hitler". A resposta é "nada". Você atira nele. (Dreben, 2003, p. 329)⁶³

⁶³ Too many philosophers, even today, spend too much of their time trying to argue in the abstract for political liberalism against, say, totalitarianism and so forth. This does not seem to me to be a worthy philosophical enterprise. If one cannot see the benefits of living in a liberal constitutional democracy, if one does not see the virtue of that ideal, then I do not know how to convince him. To be perfectly blunt, sometimes I am asked, when I go around speaking for Rawls, What do you say to an Adolf Hitler? The answer is [nothing.] You shoot him.

O caminho adotado por ele, ao construir sua teoria política, é partir de um conjunto de conceitos aceitos por um grupo e desenvolvê-los da melhor forma possível. Nesse processo, são expostas as diferentes opções para desenvolver tais conceitos e, comparando todas as possíveis consequências, escolhe-se a que mais perfeitamente (ou menos imperfeitamente) realiza a situação pretendida. Ao longo de "Uma teoria da justiça", Rawls investiga qual concepção, entre as concorrentes, garante um menor número de miseráveis, qual diminui a distância entre a classe mais favorecida e a menos favorecida, qual impede diferença entre raças, sexo e religião, qual permite uma maior liberdade de emprego e de expressão, qual garante uma poupança razoável para as gerações futuras etc. É um processo sobretudo comparativo e, apesar dele tentar responder a muitas diferentes questões (um dos seus "defeitos" é responder minuciosamente a cada crítico), deixa também espaços em branco. Ele não se decide, por exemplo, entre uma economia mais socialista ou mais liberal, arguindo que essas são decisões específicas (contextuais) com as quais uma teoria moral da justiça não deveria se ocupar. (Rawls, 2002, p. 299)

Com o que uma teoria moral da justiça sim deve se ocupar é a estrutura básica da sociedade. Como já exposto, o objetivo do autor não é uma concepção abstrata do justo, a essência da justiça. Sua preocupação é social, apesar de sofisticada. Em suas palavras:

Muitas espécies diferentes de coisas são consideradas justas e injustas: não apenas as leis, as instituições e os sistemas sociais, mas também determinadas ações de muitas espécies, incluindo decisões, julgamentos e imputações. (...) Nosso tópico, todavia, é o da justiça social. Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. (Rawls, 2002, p. 6-7)

A estrutura básica da sociedade é o conjunto de regras e procedimentos que determinam como devem ser julgados seus cidadãos, sua constituição política, a propriedade, as leis do mercado, a liberdade de emprego, a família, a distribuição de renda, em suma, tudo aquilo que define uma sociedade equilibrada e justa. A crença do autor é que, uma vez definida a estrutura básica na maior riqueza de detalhes possível para uma teoria, as decisões sociais específicas a cada contexto serão secundárias: garantida a estrutura básica, garantida está uma sociedade equilibrada.

Por isso, podemos dizer que a justiça de Rawls em sua obra maior é procedimental: uma vez atendida a estrutura básica, um sistema justo está garantido.

Há muitos detalhes na descrição da estrutura básica, mas o próprio Rawls os condensa em dois princípios fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade; o segundo, o princípio da diferença. Nas palavras do autor:

- Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

- Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (Rawls, 2002, p. 333)

O primeiro princípio prevalece sobre o segundo, constituindo o que o autor chama de "ordem lexical", que nada mais é que uma ordem de preferência das liberdades básicas (primeiro princípio) em relação à distribuição de bens (segundo princípio). As liberdades básicas são as necessárias para que as pessoas sejam capazes de possuírem (a) um senso de justiça, ou seja, possam compreender, aplicar e agir segundo princípios de justiça, e (b) uma concepção do justo, ou seja, possuam, persigam e adaptem seus próprios objetivos de vida. Em outras palavras, as liberdades básicas são o conjunto de direitos que permitem ser um cidadão autônomo no sentido kantiano: liberdade de consciência e pensamento, liberdade de expressão, associação, propriedade, ir e vir, presunção de inocência, direitos políticos etc. Essas são básicas e inegociáveis, ou seja, não podem ser sacrificadas em nome da prosperidade ou algum objetivo exterior que limite a autonomia dos indivíduos. As liberdades básicas garantem que uma sociedade seja composta de cidadãos livres e iguais.

O segundo princípio, da diferença, é necessário pela impossibilidade de todas as pessoas terem as mesmas condições, afinal, é uma sociedade em que, além de não haver bens em igual quantidade para todas as pessoas, é preciso recompensar de alguma forma a excelência: uma sociedade em que o mérito não fosse recompensado

estagnaria, pois as pessoas não se sentiriam estimuladas a produzir. Rawls reconhece que, para garantir esses direitos básicos do primeiro princípio, é necessário que haja meios materiais; não adianta garantir a liberdade de pensamento se nem todos podem pagar pelo acesso à informação. É necessário, portanto, garantir meios materiais para todos, ao mesmo tempo que é necessário recompensar o mérito e, conseqüentemente, ter algum nível de desigualdade. Recusando uma descrição metafísica de direito natural, bem como um sistema de completo *laissez-faire*, ele propõe duas medidas. A primeira delas, diminuir a distância entre a parcela mais rica e a parcela mais pobre da população, pois uma extrema desigualdade gera instabilidade, revolta etc. A segunda solução, a mais engenhosa, é aplicar o princípio econômico da maximização do mínimo (*maximin*), que consiste na crença em que, uma vez elevada a condição dos mais pobres, há uma reação em cadeia que favorece todos que estão em melhor situação. Isso é o que diz a primeira parte do segundo princípio, e ainda acrescenta que não se devem gastar todos os recursos disponíveis no intuito de melhorar a situação agora, ou faltarão recursos para as próximas gerações (como pode acontecer com as fontes de energia não-renováveis).

A segunda parte do segundo princípio fala de distribuição de cargos em igualdade de condições. Isso contém uma outra ideia essencial à teoria da justiça, a de que iguais oportunidades serão dadas a todos, independentemente de fatores morais, como sexo, raça ou religião; as oportunidades são dadas respeitando-se as liberdades básicas, que incluem a liberdade de crença e o direito de não ser discriminado por fatores aleatórios como a cor da pele ou o local de nascimento.

Os detalhes da estrutura básica são discutidos pelo autor durante as quase setecentas páginas de seu livro. A maior parte delas é destinada a responder aos críticos (as ideias principais foram publicadas em artigos, e debatidas durante anos), lapidar os conceitos fundamentais e mostrar a plausibilidade, estabilidade e independência política da estrutura básica. São análises minuciosas, pois ele é um escritor com vasto conhecimento e muito atento aos detalhes; é de se perguntar até que ponto a densidade de sua obra contribuiu para a enorme repercussão, mas é unânime que é um trabalho bem feito, e também inacabado; a justiça, mesmo na sua versão mais analítica, objetiva e social, é um tema sem fim. Deixo os detalhes com os especialistas; concentro-me, agora, nas duas partes de seu método de justificação.

b) O racionalismo de "Uma teoria da justiça"

O que não falta a Rawls, em seu grande livro, é ambição.

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objetivo do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. (Rawls, 2002, p. 12)

O "plano superior" é o que será descrito nas páginas seguintes como o que indivíduos racionais escolheriam em condições de igualdade, isto é, o que qualquer grupo de indivíduos racionais escolheria na situação ideal. O plano superior é que não é mais um contrato da sociedade civil iluminista ou liberal, mas o contrato que seria assinado por todo e qualquer sujeito racional em condições ideais. A esperança do autor é reduzir temas políticos a um cálculo racional com o qual todos os cidadãos reais possam concordar, uma vez que se imaginem na situação ideal de igualdade e tomem suas decisões da forma mais ponderada.

A utilidade desse método é transformar a assinatura do contrato social em uma tarefa retrospectiva e puramente racional: os cidadãos reais poderiam se imaginar na situação ideal e decidir, da forma mais ponderada, quais cláusulas colocariam no contrato, isto é, como seria a estrutura básica da sociedade. Ao estado de natureza as pessoas de hoje poderiam regredir idealmente e decidir, com base nas decisões que tomariam na situação ideal, medidas para tornar mais justa a situação real. Os princípios de justiça são instrumentos para justificar e revisar a estrutura básica das sociedades reais.

A situação ideal de julgamento é chamada pelo autor de posição original, e equivale ao estado de natureza do contratualismo clássico. Para que os cidadãos de hoje possam se imaginar lá, Rawls elabora uma engenhosa metáfora, a mais famosa de sua obra: o véu da ignorância.

O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as

circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais. (Rawls, 2002, p. 147)

Supõe o autor que, ignorando as vantagens que cada um possui, serão escolhidas as medidas mais equitativas. A ideia básica é que, se o sujeito não sabe que posição ocupará na sociedade (se é preto ou branco, novo ou velho, judeu ou ateu, liberal ou conservador), tomará as decisões que melhor condições deem ao menos favorecido dos cidadãos. Ninguém gostaria de, uma vez levantado o véu, descobrir que tomou uma decisão extremamente prejudicial para sua classe. O indivíduo racional de Rawls deseja diminuir os riscos para si, e ignorar sua condição é a maneira mais racional de conseguir isso. O processo é progressivo e, a cada decisão, o participante da posição original vai ficando menos ignorante (vai sendo levantado o véu). Como a decisão de uma etapa não pode ser modificada na etapa posterior, quando tiver sido levantado o véu, todas as decisões importantes já terão sido tomadas de forma equitativa.

Pode-se compreender o processo de decisão da posição original com outra metáfora. Considere-se que há um bolo que precisa ser repartido por várias pessoas, e o responsável por partir o bolo será o último a escolher seu pedaço. A única forma do responsável por partir o bolo não sair no prejuízo é se ele partir em partes iguais, pois, se houver uma única fatia menor, ficará para ele, que escolherá por último. Não sabendo, por trás do véu, qual a fatia do "bolo" ficará para o sujeito, este prefere tomar uma decisão que deixe a última fatia com o maior tamanho possível.

Para reforçar a posição original, Rawls lança mais dois argumentos. O primeiro, é que o objetivo de seu método não é uma justificação metafísica, mas sim um "equilíbrio refletido". Rawls formula várias explicações para esse equilíbrio, o que também é esclarecedor, pois ele corresponde ao estado mental atingido quando se confirmam ou se revisam as próprias concepções de justiça à luz de uma teoria moral. Segundo o próprio autor:

A necessidade dessa ideia [equilíbrio refletido] surge da seguinte maneira: segundo o objetivo provisório da filosofia moral, pode-se dizer que justiça como equidade é a hipótese segundo a qual os princípios que seriam escolhidos na posição original são idênticos àqueles que correspondem aos juízos ponderados

e, assim, esses princípios descrevem o nosso senso de justiça. (...) Do ponto de vista da teoria ética, a melhor explicação do senso de justiça de uma pessoa não é a que combina com suas opiniões emitidas antes que ela examine qualquer concepção de justiça, mas sim a que coordena seus juízos em um equilíbrio refletido. (Rawls, 2002, p. 51-52)

Uma teoria da justiça ajuda-nos a refletir sobre nossa própria ideia de justiça, e assim compreender melhor as nossas intuições sobre o justo e dar a elas uma formulação racional. Isso combina com o segundo argumento lançado a favor da decisão sob o véu da ignorância, que é o construtivismo kantiano. Segundo o próprio autor (Rawls, 2003, p. 275), a tomada de decisão na posição original é uma aplicação do imperativo categórico. Uma máxima individual se torna uma lei geral não de forma automática, mas quando o indivíduo se imagina na condição de ignorância, e escolhe regras que valem para todos e para si mesmo, uma vez que todos escolheriam evitar a posição menos privilegiada.

Rawls é um escritor talentoso, mas também é cansativo. Ele une muitas ideias de tradições diferentes e cria uma teoria notável, porém, se não forem aceitas essas premissas básicas, não há ganho em se adotar a sua teoria. Em "Uma teoria da justiça", ele pressupõe a justiça como procedimento, uma estrutura básica que garante uma sociedade equitativa, a capacidade dos homens de voltarem idealmente à posição original, refletirem sobre suas próprias ideias, encontrarem um equilíbrio de julgamento e, por fim, praticarem, de acordo com uma teoria da ação racional, o imperativo categórico de Kant.

São muitas suposições e, por mais que elas façam sentido juntas (a sua argumentação é discutível, mas coerente), fica uma dúvida essencial, presente desde o princípio e não dissipada ao fim do livro: por mais coerente que seja uma teoria, será mesmo possível reduzir decisões políticas históricas a um cálculo baseado numa metáfora de véu e uma teoria da ação racional com fins de realização do projeto de Immanuel Kant? Por que as convicções sobre a justiça precisariam ser validadas por um equilíbrio refletido?

Rawls viu, com o tempo, que o projeto de uma ordem social não poderia ser nos termos de "Uma teoria da justiça". Reconhecendo o exagero racionalista de sua primeira fase, publica artigos esclarecedores, e aqui serão trabalhados dois deles. O primeiro, em 1985, se chama "Justice as fairness: political not metaphysical"; o

segundo, em 1987, chama-se "The idea of an overlapping consensus". Nessa última fase, mais madura, o autor lança uma ideia que corrige e dá sentido à sua primeira obra. Abandonada -- em parte -- a pretensão de uma teoria racional da justiça, e levada a sério a ideia de construção política do consenso, e substitui o racionalismo inicial por uma ideia brilhante: o consenso coincidente (*overlapping consensus*).

c) O consenso coincidente

É notável como a discussão sobre a obra de John Rawls pode assumir um caráter técnico e obscuro, visto que os problemas de que ele cuida, principalmente em "Uma teoria da justiça", são ética e filosoficamente complexos. Além disso, ele possui um método de exposição próprio, com um vocabulário específico. Para se discutirem os aspectos mais simples de sua teoria, é necessária uma explicação prévia de termos específicos como "equilíbrio refletido" ou "posição original". Ele é um escritor claro, mas não é simples; sua teoria é uma colcha de retalhos, que muitas vezes esconde seu valor por trás de um vocabulário que só os iniciados conseguem manejar. Por vezes, parece que ele próprio jogou um véu de ignorância sobre a sua teoria.

Talvez ele não tenha culpa. Uma mente poderosa tem a tendência, especialmente na juventude, de perceber o mundo muito mais simples do que ele realmente é. Os gênios, quando aparecem cedo e com ambição, não raramente declaram que o mundo está invertido e que suas ideias o colocarão em ordem. Mais tarde, com a experiência, mesmo mantendo muitas das opiniões da juventude, descobrem que os problemas não são tão facilmente solucionáveis; é possível até que o mundo já conheça a solução para seus problemas principais, mas não a deseje colocar em prática.

No caso de Rawls, possuidor de uma boa tese de base e uma grande capacidade de trabalho, foi fácil para ele crer que os problemas políticos poderiam ser reduzidos a um cálculo racional. Sua vontade de elaborar soluções engenhosas para problemas complexos comprova, desde o princípio, que se trata de um filósofo ambicioso. A sua é uma teoria competente, sem dúvida: sendo aceitos os pressupostos que ele carregava na juventude, não há objeção possível a suas teses fundamentais. No entanto, com a experiência, ele mesmo percebeu que suas conclusões não derivavam de uma teoria da decisão racional, objetiva, que elevava a um outro estágio

o contratualismo de Locke e Kant; na verdade, ele estava inserindo suas próprias convicções em um esquema perfeitamente racional, mas cuja base era formada por uma série de suposições. Seu amadurecimento, representado por uma obra de 1993 chamada "O liberalismo político", não vem do abandono de seu método ou da descrença em uma teoria da justiça; vem, na verdade, da constatação simples de que há opiniões diferentes das suas e igualmente racionais. Na juventude, é fácil pensar que as convicções e aspirações mais profundas são compartilhadas por todas as pessoas; quando se une isso a uma mente analítica e criativa, é fácil também pensar que o desenvolvimento racional dessas convicções é a resposta para os problemas de todos. Depois, o tempo dá a perspectiva correta.

Essa lição da experiência não é nada trivial para o autor, pois o faz mudar os problemas com os quais se ocupa. Se em sua primeira fase ele desenvolve a ideia de justiça como equidade como fundamento racional da estrutura básica da sociedade, em sua segunda fase ele se ocupa mais da legitimidade desse sistema e de como ele pode se manter estável ao longo do tempo. Não basta ter uma boa concepção de justiça, pois há que se preocupar também sobre como, em sociedades contemporâneas, as pessoas aceitarão e aplicarão os princípios básicos de justiça. A democracia -- e a política em geral -- é uma atividade contínua, e a legitimidade dos sistemas é constantemente renovada; a estabilidade dos princípios de justiça nesse ambiente dinâmico e pluralista é o tema central de sua fase madura.

Uma descrição acertada da passagem do "primeiro" para o "segundo" Rawls é feita por Burton Dreben (2003), num artigo para a Cambridge Companion chamado "On Rawls and political liberalism". Nesse texto, Dreben não cuida somente de separar as duas fases do autor, mas também de encontrar a continuidade entre elas. Isso é importante para a presente tese, pois os aspectos estéticos da teoria da justiça, analisados na próxima subseção, aparecem com muita força na segunda fase de Rawls, mas já estão presentes em "Uma teoria da justiça". Segundo a interpretação que proponho, aspectos estéticos presentes desde o princípio fazem da teoria de Rawls uma teoria pragmática, ou pelo menos compatível com a verdade estética de James e Dewey.

Dreben inicia seu texto mostrando por que se faz necessária, além de uma concepção moral da justiça, uma teoria da legitimidade política.

Quando se fala da natureza da justiça, pelo menos de acordo com Rawls, não é necessário apenas aparecer com uma teoria da justiça; é necessário também indicar por que a teoria que você estabelece é estável, por que a sociedade baseada nessa teoria permanecerá indefinidamente. Não é suficiente aparecer com algo absolutamente bom no paraíso de Platão; é importante também ter algo que será bom na terra de Platão e que continuará sendo considerado útil. (Dreben, 2003, p. 317) ⁶⁴

Rawls já havia se preocupado com a estabilidade do sistema de justiça na última parte de "Uma teoria da justiça", mas em sua segunda fase ele percebe que o contexto exige considerações adicionais. Como visto, o autor se considera um legítimo representante analítico da ética kantiana, e a ética de Kant pressupõe leis morais, mas também (e principalmente) a autonomia do sujeito, uma vez que é este quem determina o conteúdo das regras. Acontece que, em uma sociedade que pressupõe a autonomia do indivíduo, é plenamente possível que ele, no véu da ignorância, resolva tomar medidas diferentes das que ajudem os menos privilegiados, ou dê prioridade ao avanço científico ou artístico em detrimento da liberdade política; é possível que ele tenha um plano de vida que aceite o risco, ou não acredite que um benefício para os menos privilegiados é um benefício para toda a sociedade. Não há nada estritamente racional, na posição original, que determine os sujeitos a decidirem como Rawls descreveu que decidiriam; o véu da ignorância não leva necessariamente a uma social democracia, ou aos dois princípios de justiça e à regra de prioridade do primeiro (liberdades básicas) sobre o segundo (distribuição de bens). (Hart, 1973)

Rawls (1997) reconhece, revisando a ideia de ordem pública (*public reason*), um elemento fundamental a qualquer democracia contemporânea: o fato do pluralismo. Se os indivíduos são livres, naturalmente terão diferentes concepções de mundo, nem sempre compatíveis, e o desafio da teoria da justiça não é criar uma teoria com a qual todos possam concordar de forma unânime, mas sim administrar as divergências na manutenção de uma ordem comum. O debate público é necessário, dadas as diferentes concepções de mundo e a contínua necessidade de ajustes dos interesses individuais na praça pública; não basta ter uma sociedade estável, pois a

⁶⁴ When you talk about the nature of justice, at least according to Rawls, you are not merely to come up with a theory of justice; you also have to point out why the theory that you are establishing is stable, why the society based on the theory will continue to endure indefinitely. It is not enough to come up with something that will be absolutely good in Plato's heaven; it is quite important to have something that will be good on Plato's earth and will continue to be seen as usable.

estabilidade pode ser conseguida por um governo autoritário através da força. Para respeitar a autonomia do indivíduo, é necessário que haja um consenso pelas razões certas, ou seja, derivado de negociações razoáveis na esfera pública, respeitados o direito à informação e a autonomia dos cidadãos.

Esse é, aparentemente, um problema insolúvel, pois cidadãos livres pensarão diferente sobre assuntos moralmente fundamentais, como o aborto, eutanásia ou liberdade religiosa. O indivíduo é uno, e não pode ser separado em um ser humano com crenças profundas, dogmáticas, e um ser humano razoável e disposto a abdicar de suas crenças fundamentais na esfera pública. De alguma forma, na democracia devem ser compatíveis as doutrinas religiosas que um indivíduo porventura carregue e uma ordem pública neutra e tolerante, mas não se sabe exatamente como. Está claro que esse é um grande problema, mas deve ser enfrentado: se não for possível um consenso tolerante, a democracia como sistema estável também não é possível.

Não deixando totalmente de lado os hábitos racionalistas, Rawls traça uma distinção entre "doutrina abrangente" (comprehensive doctrine) e "concepção particular" (particular conception). Ele assim define os dois termos: "Usarei o termo 'doutrina' para as noções compreensivas de todos os tipos e o termo 'concepção' para uma concepção política e suas partes componentes, como a concepção da pessoa como cidadã". (Rawls, 1997, p. 766)

Simplificando, uma doutrina é abrangente quando funda as crenças essenciais de um indivíduo, sejam religiosas, filosóficas ou políticas; a concepção é uma noção mais modesta, e é a parte de suas crenças que o indivíduo pode usar como argumento na praça pública. Há, então, uma transição ou tradução das crenças privadas (doutrinas) em argumentos públicos (concepções), fazendo as doutrinas abrangentes falarem a mesma língua. Não se trata de deixar em casa a fé em deus ou os sentimentos anarquistas, mas em os colocar em praça pública de uma forma que possam ser comparados com outras ideias e possa, então, ser decidido o melhor rumo para a sociedade. Um católico, nessas circunstâncias, não poderia reivindicar a proibição legal do aborto com base na sua fé ou na ideia de que a vida é sagrada e inicia na concepção; ele precisaria colocar seus argumentos com base nos princípios morais aceitos em geral, como o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana. É isto que o autor argumenta em "Justice as fairness: political not metaphysical":

nenhuma doutrina abrangente que trabalhe com a ideia de razão e verdade pode ser elevada à condição de regra geral, se quisermos uma sociedade livre e justa. Todas as concepções políticas, inclusive as defendidas em "Uma teoria da justiça", devem se apresentar em praça pública não como resultados de reflexões racionais ou revelações que devem por todos ser aceitas, mas como concepções que entram no mercado das ideias e disputam, no espaço público, um consenso racional.

Essa transformação pela qual as doutrinas abrangentes devem passar para serem discutidas em praça pública é chamada por Rawls de *proviso*. Podemos defini-lo como um jogo de linguagem do razoável, e não do verdadeiro, que aceita a divergência e admite abrir mão de uma verdade absoluta em nome da convivência. Segundo o próprio autor:

Discutir em praça pública é apelar para uma dessas concepções políticas (...) quando debatidas questões políticas fundamentais. Esse requisito ainda nos permite introduzir na discussão pública a qualquer momento nossa doutrina abrangente, religiosa ou não religiosa, desde que, quando necessário, ofereçamos razões públicas adequadas para sustentar os princípios e medidas que nossa doutrina abrangente diz sustentar.⁶⁵ (Rawls, 1997, p. 776)

As concepções políticas, com o *proviso*, devem ser discutidas de forma independente das doutrinas abrangentes, que ficam na casa; em praça pública, todos devem estar dispostos a abrir mão de suas concepções individuais e trabalhar para um consenso que evite ao máximo os termos controversos. A democracia é um processo cujos princípios se constroem na ação, e uma ação organizada é aquela a que todos vão desarmados de suas concepções mais profundas e tentam entender a condição do outro. A estrutura básica da sociedade, portanto, não pode ser **deduzida** de princípios racionais abstratos, mas deve ser **decidida** no confronto das concepções divergentes. Isso inclui não apenas a responsabilidade de formular o conjunto básico de princípios, como também a disposição a se submeter aos valores do consenso, quando um consenso for atingido.

⁶⁵ To engage in public reason is to appeal to one of these political conceptions -- to their ideals and principles, standards and values -- when debating fundamental political questions. This requirement still allows us to introduce into political discussion at any time our comprehensive doctrine, religious or nonreligious, provided that, in due course, we give properly public reasons to support the principles and policies our comprehensive doctrine is said to support.

O erro de "Uma teoria da justiça" foi tentar aplicar à estrutura básica, em abstrato, uma concepção particular de justiça -- a justiça como equidade. O método essencialmente se mantém (estrutura básica, equilíbrio refletido, véu da ignorância), mas se admitem em "O liberalismo político" resultados distintos dos apresentados em "Uma teoria da justiça" porque, em praça pública, surgem outras concepções através das doutrinas abrangentes e do *proviso*. A ordem pública racional é derivada das concepções profundas traduzidas pelo *proviso*. É política e dialógica, e não metafísica e racional. Por isso, diz-se que há uma virada pragmática, ou política, do autor: o direito como equidade perde status e passa a ser político, e não metafísico. (Rawls, 1985)

Simplificando-se a discussão exposta acima, pode-se mostrar em três etapas a mudança de posição de John Rawls:

I) Após receber críticas pelo racionalismo excessivo em "Uma teoria da justiça", o autor resolveu diminuir o status da justiça como equidade defendida lá, e aceita a inclusão, na praça pública, de concepções divergentes para, num consenso racional, ser definida a estrutura básica da sociedade.

II) A mudança é importante para sua teoria se mostrar aceitável em sociedades contemporâneas, pois o pluralismo é um fato, e as pessoas possuem diferentes visões de mundo, pois são seres autônomos. Muitas vezes essas visões de mundo são incompatíveis. Uma teoria da justiça deve minimizar os males do pluralismo e garantir a convivência pacífica em meio à divergência, e não substituir a discussão política por uma dedução racional. O consenso público razoável não pode ser reduzido a um cálculo, nem mesmo um cálculo sofisticado que deriva de princípios equilibrados.

III) Como não se podem jogar fora as doutrinas particulares, mesmo as mais dogmáticas, em nome da convivência é necessário que em praça pública elas assumam uma forma razoável e tolerante, processo que o autor chama de *proviso*. Discutem-se razões e interesses, e não verdades; as pessoas aceitam participar do processo na condição de que os outros obedeçam às mesmas regras do debate, e todos se submetam a suas consequências quando concluído. Não se trata apenas de um procedimento segundo regras de discurso, mas da existência de valores morais compartilhados por todas as doutrinas razoáveis; condição para viverem em sociedade

é aceitarem uma estrutura básica e a forma razoável de resolverem os assuntos comuns. Na democracia não há espaço para os intolerantes.

Tudo isso é engenhoso, mas há uma óbvia lacuna: dado o fato do pluralismo, não há nenhuma garantia de que a sociedade democrática chegará a um consenso, ou que, chegando, esse consenso moral será denso o suficiente para construir uma prática democrática em que as pessoas aceitem submeter suas crenças mais profundas ao *proviso*. Rawls pode ter abandonado o racionalismo de sua primeira grande obra, mas não se livra da tentativa de encontrar uma instância neutra de discussão, um ponto arquimédico fora da história. (Frega, 2011) O autor de "Uma teoria da justiça" parece ter mudado o vocabulário em sua segunda fase, mas continua a prática de utilizar termos pomposos para separar artificialmente a sua teoria e o senso comum. Cedo ou tarde, o senso comum e a natureza estética do conflito prevaleceriam sobre a tentativa vã de racionalizar a política; o abandono do projeto de fazer de sua teoria da justiça a concepção dominante é só o início da adoção de um pragmatismo político cuja maior expressão é o consenso coincidente. É a ele que nos voltamos agora.

Em "The idea of an overlapping consensus" (1987), Rawls justifica sua teoria democrática de maneira tão simples quanto eficiente: não há nenhum argumento fora da história que sustente o consenso democrático, a ideia de cidadania, dignidade da pessoa humana, o dever de tolerância, entre outras concepções que formam a estrutura básica. Esse consenso não é racional, nem uma necessária evolução do nosso sistema político, nem está inscrito no nosso DNA. Qualquer especulação desse tipo é desnecessária, uma vez constatada uma informação básica: o consenso existe. Simplesmente existe. Pouco importa se um indivíduo defende o direito à vida por uma convicção religiosa, moral, econômica ou medo da sanção estatal; o que importa é que, seja qual for a doutrina abrangente, se é aceita numa sociedade democrática, ela concorda com o fato desse ser um direito de todos. Entre votar contra ou a favor a proteção da vida, o indivíduo de uma sociedade democrática votará a favor. A importância do consenso coincidente é que ele só capta das doutrinas abrangentes a parte necessária para os temas da praça pública. Dessa forma, o *proviso* seria necessário não por um capricho racionalista, mas pela necessidade de manter longe da praça informações que trariam controvérsia sem resolver situações práticas. É um

princípio pragmático, não racionalista. Veja-se o que diz Dreben, sobre se justificar racionalmente o consenso democrático é um projeto válido:

Nós já temos problemas suficientes, e falo sério. Como eu disse, o verdadeiro problema é ver como se pode construir uma concepção coerente de uma democracia liberal constitucional. O que Rawls diz é que existe em uma democracia liberal constitucional uma tradição de pensamento, e nosso trabalho é investigar e ver se essa tradição pode ser coerente e consistente. Isso já é uma tarefa suficientemente difícil. (...) Uma das virtudes de Rawls é que ele não perde tempo discutindo sobre autocracia ou totalitarismo.⁶⁶ (Dreben, 2003, p. 328)

Rawls é um filósofo competente o suficiente para saber que os homens discordam sobre os mais variados assuntos, e por isso é impossível alcançar um consenso racional numa sociedade democrática. Ele também sabe que filósofos há milênios tentam entender a justiça, a igualdade e a legitimidade, sem chegarem a um resultado válido para todos de nosso tempo. Ele sabe que um projeto racional da justiça social é impossível ou, no mínimo, terrivelmente controverso. Ele conhece esse fatos, assim como os conhece qualquer estudante de filosofia mediano; isso não é segredo, e ele não poderia enfrentar essas difíceis questões desconsiderando tais dificuldades. Por isso, ele se recusa a nomear claramente as regras do *proviso*, por isso também ele não define em abstrato a democracia ou a justiça. Suas definições são circulares, e sempre remetem à prática dos participantes de uma sociedade real, a uma espécie de intuição democrática. ("É uma argumentação circular, mas um círculo bem grande", diz Dreben.)

Esse movimento em direção às coisas práticas caracteriza a segunda fase de Rawls, mas não pertence só a ela. Como observa Dreben, nem em "Uma teoria da justiça" o autor fundamentou seus pressupostos, mas indicou que o leitor buscasse sua intuição e, comparando esta à teoria da justiça, alcançasse um equilíbrio refletido. Como ser autônomo, o leitor possui esse equilíbrio, é dele a reflexão sobre a justiça. Além disso, o objeto da teoria da justiça é uma estrutura básica, não uma estrutura total do Estado -- nem mesmo ele determina se a garantia dos princípios de justiça

⁶⁶ We feel we have enough problems. I am quite serious. As I said, the genuine problem is to see how one can set up a coherent conception of a constitutional liberal democracy. What Rawls is saying is that there is in a constitutional liberal democracy a tradition of thought which it is our job to explore and see whether it can be made coherent and consistent. That is hard enough to do. We are not arguing for such a society. (...) One of the virtues of Rawls is that he does not waste time arguing about autocracy or totalitarianism.

deve ser responsabilidade do Estado. O estilo de Rawls colabora para uma leitura racionalista de sua filosofia; não se pode negar que é uma teoria obscura, e dessa obscuridade deriva grande parte de seu prestígio. No entanto, o que a ideia tardia de um consenso coincidente escancara é que, mesmo sustentando uma teoria da justiça analítica, quando se fala em teoria social, lidamos com elementos intuitivos e estéticos, e cedo ou tarde esses aparecem com força. O que se pode concluir da teoria de Rawls é que ele constrói um belo edifício analítico, mas ele, como qualquer outro, pensa a partir de suas crenças fundamentais, e não para as justificar.

Assim, a virtude da teoria da justiça é destrinçar adequadamente os nossos instintos de justiça, e não nos explicar quais devem ser esses instintos. Uma compreensão analítica e reflexiva de nossas intuições pode nos tornar cidadãos mais razoáveis e facilitar o debate em praça pública, mas não mais do que isso. O que o consenso coincidente mostra é que há um elemento intuitivo e evolucionista numa ideia de ordem pública que, no fim das contas, é estética: deve ser capaz de nos motivar adequadamente. Rawls não foge dessa regra, e sua relação a essas ideias, de John Dewey, serão analisadas abaixo.

6.3 A estética social de John Rawls

Quando analisada a tradição pragmática, no capítulo anterior, destacaram-se três grandes características do pragmatismo clássico: o intuicionismo, o evolucionismo e a estética social. A primeira característica é representada por William James, a segunda por Henri Bergson e a terceira por John Dewey, mas não de forma exclusiva, pois as ideias são muito próximas e, de certa maneira, subscritas em conjunto por cada um dos três autores. Foi dito também que essas características do pragmatismo clássico poderiam ser identificadas em John Rawls e Ronald Dworkin, numa leitura pragmática de suas teorias da justiça e do direito. Esta subseção da tese explicita a conexão entre as características do pragmatismo clássico e os elementos da teoria da justiça de Rawls explicados nas páginas anteriores. Segundo essa leitura, sua teoria da justiça, tanto na sua fase inicial (racionalista) como na sua fase madura (política) é uma bem construída estética social pragmática. Com isso, não quero dizer que seja a melhor ou a mais adequada interpretação da teoria da justiça, mas, em

conjunto com a análise de Dworkin feita mais adiante, ajuda a compreender problemas mais gerais da filosofia jurídica -- compreensão possibilitada pela inclusão dos fundamentos pragmatistas.

O primeiro elemento, o intuicionismo, é rejeitado pelo próprio Rawls quando, em "Uma teoria da justiça", ele se declara um construtivista no sentido kantiano. O construtivismo, para ele, é o meio termo entre, de um lado, o intuicionismo do direito natural, que considera evidentes os princípios de justiça e os direitos básicos de uma sociedade justa e, do outro lado, o utilitarismo que ignora os princípios em nome da eficiência e da maior soma possível de satisfação. Como tese intermediária, o construtivismo aceita alguns princípios diretores -- pontos de partida --, mas também entende que a experiência coletiva deve aprimorá-los e revisá-los de acordo com a situação. O construtivismo, portanto, se baseia na autonomia do sujeito em escolher, partindo da alta generalidade do imperativo categórico, a estrutura básica da sociedade de acordo com suas próprias convicções. O construtivismo é um meio termo, pois, realizando passo a passo a autonomia do indivíduo, escapa de uma determinação prévia dos princípios de justiça, como quer o intuicionismo do direito natural, e também escapa de julgar a escolha dos homens pela utilidade imediata, como o utilitarismo. O construtivismo é a edificação, passo a passo, de uma estrutura moral.

Na primeira fase da teoria da justiça, o construtivismo é visto como uma teoria que não depende de ideias metafísicas; a autonomia e a razão que o compõem são conceitos abstratos o suficiente para não se vincularem a nenhuma doutrina abrangente específica. Se fosse assim, Rawls evitaria, com a tese construtivista, qualquer elemento intuicionista.

Porém, não se sustenta um construtivismo livre de intuições. O próprio autor reconhece (Rawls, 1980) que não é possível construir uma teoria moral sem uma concepção básica de pessoa. Mais especificamente, quando ele presume a autonomia do sujeito kantiano, ele já pressupõe um sujeito livre que quer mais liberdade, que valoriza os direitos básicos, que se vê como agente racional e moral e que, se lhe for dada a escolha, promoverá a estrutura básica de uma sociedade democrática. O construtivismo kantiano depende de uma ideia de pessoa inspirada em Kant, e essa não é uma noção neutra, mas historicamente determinada e carregada de seus próprios

pressupostos. Assim como não é possível justificar a estrutura básica com base numa teoria neutra da escolha racional, Rawls reconhece, com o tempo, que seu construtivismo depende de uma concepção de pessoa que precisa ser justificada, já que pressupõe elementos da filosofia iluminista.

Por isso que, mesmo negando o intuicionismo, a sua é uma teoria que depende de intuições do senso comum de uma sociedade democrática. Como diz Dreben, não se trata de discutir se os princípios democráticos devem ser aceitos, mas de justificar da melhor maneira possível os princípios que já são aceitos pela generalidade da população. O consenso coincidente é a expressão mais clara de que, em sua fase madura, Rawls abandona ao senso comum a validade dos conceitos fundamentais de sua teoria. Em nome de uma aplicação mais prática de suas ideias, ele resolve não negar mais o intuicionismo, e concentra seus esforços para esclarecer teoricamente os sentimentos de justiça compartilhados em uma democracia constitucional. Esclarecendo esses elementos, ele justifica a estrutura básica (promovendo o equilíbrio) e facilita o diálogo (pela necessidade do *proviso*).

O caráter evolucionista de sua teoria também está presente. Em todo o livro "Uma teoria da justiça", especialmente na terceira e última parte, ele discute os princípios de justiça como algo inerente à natureza humana. Os seres humanos, para ele, possuem uma natureza, e essa é uma natureza moral; são seres capazes de ter um plano de vida e agir de acordo com princípios morais racionalmente estabelecidos. As escolhas na posição original são guiadas por uma inclinação supostamente inata a evitar riscos, e assim garantir que a maior quantidade possível de direitos básicos sejam garantidas a todos. Uma outra suposição, particularmente curiosa, é chamada por ele de princípio aristotélico. Assim o descreve:

[E]m circunstâncias iguais, os seres humanos sentem prazer ao pôr em prática as suas capacidades (sejam elas habilidades inatas ou treinadas), e esse prazer cresce na medida em que cresce a capacidade posta em prática, ou a sua complexidade. A ideia intuitiva aqui é a de que os seres humanos têm mais prazer em alguma atividade na medida em que se tornam mais competentes em sua execução (...) (Rawls, 2002, p. 471-472)

Ele supõe essa *ideia intuitiva* para justificar que os seres humanos promoverão um grupo de direitos básicos que lhes permita melhorar cada vez mais, e os deixem livres para escolher quais habilidades desejam aprimorar. Esse não é um

fato comprovado pela sua teoria, mas um pressuposto psicológico cujo único fundamento por ele oferecido é sua concepção democrática de pessoa.

O consenso coincidente pode ser visto também como um aprendizado evolutivo, um mecanismo de adaptação que permite que os seres humanos ao mesmo tempo sejam livres e vivam em sociedade. É demasiado estreita a interpretação do *proviso* e do consenso coincidente como mecanismos racionalistas para justificar a ficção do espaço público neutro, excluindo todos aqueles que não falarem a linguagem da democracia constitucional. Uma compreensão mais profunda, evolucionista, identifica as doutrinas abrangentes e as concepções políticas como duas funções essenciais ao ser humano. Por um lado as doutrinas abrangentes garantem que o indivíduo tenha suas próprias convicções profundas, explicações sobre a vida e a morte, questione-se sobre a existência de um deus e reuna tudo isso em um sistema de crenças coerente. Não é irracional, e até necessário ter uma crença profunda. Por outro lado, as concepções políticas particulares são símbolos na ordem pública que, sendo a mediadora das crenças profundas dos indivíduos, permite uma vida social com sentido. As doutrinas abrangentes se ligam à ideia de James em "The will to believe". As concepções particulares em praça pública sugerem o caráter social dos objetos da experiência, como Dewey também sugeriu; as experiências individuais se concretizam num símbolo exterior, que em Rawls recebe o nome de "estrutura básica da sociedade".

Todos esses elementos nos levam ao caráter estético da teoria da justiça. É importante lembrar que, no pragmatismo de Dewey, o termo "estética" não se refere apenas à arte, mas a qualquer experiência com sentido, viva. A arte é apenas a exteriorização mais óbvia desse sentido, mas a estética está nos esportes, na história, na política, no direito, e também nos princípios de justiça social. O prazer estético é, sobretudo, um estado de realização, em que o sujeito contempla atingir um objetivo ou a conclusão de um processo; a técnica é uma arte porque os esforços são ligados harmoniosamente na consecução de um objetivo. Há uma energia vital que une elementos inicialmente separados ou mesmo conflitantes, e os unifica em relação a um fim. O sentimento estético se dá ao perceber a harmonização dos opostos.

Em Dewey, a ciência é também estética, pois se liga a um conjunto geral de sentidos. A sociedade pode separar a técnica e a arte, mas essencialmente a ciência é um instrumento para a realização de fins, contendo em si valores.

Posto isso, cabe observar a função que exerce em Rawls a teoria da justiça e o equilíbrio refletido. A teoria da justiça não visa criar, mas explicitar nossas concepções do justo, para que possamos compreendê-las melhor e ajustar nossa própria ideia sobre a justiça. A teoria da justiça não é um projeto pronto, mas uma descrição de justiça a partir da qual o indivíduo, num processo de idas e vindas, equilibra suas concepções intuitivas com o desenvolvimento analítico de uma concepção de justiça. Nesse processo, tanto a teoria pode ser modificada, como o sujeito pode adaptar suas intuições à versão racionalmente desenvolvida. Essa é a forma como Rawls desenvolve sua argumentação em "Uma teoria da justiça", pois vai sendo observada a consequência de cada solução possível para os problemas, e é analisado se as consequências são desejáveis, ou seja, se são aptas a fundamentar uma versão aceitável da estrutura básica. Esse é (a) um processo dialético (b) que parte da intuição e do senso comum, (c) usando a teoria como ponto e apoio para reflexões que, (d) ao fim, permitem que o indivíduo elimine suas dúvidas e fixe uma crença útil. Além disso, (e) é um processo contínuo, que permite reformulações e, portanto, é falibilista.

Essas observações, isoladamente, podem não caracterizar a teoria da justiça como uma teoria pragmatista mas, em conjunto, alinham a teoria de Rawls, já em seu primeiro grande trabalho, à epistemologia de Dewey e do pragmatismo clássico. Se é verdade que o tom racionalista e apegado à filosofia kantiana afasta a tese de Rawls dessa literatura, aproxima-as novamente o fato dele construir uma teoria social partindo de pressupostos do senso comum e utilizando abertamente recursos metafóricos como véu da ignorância ou o equilíbrio refletido. Em alguns momentos, sua teoria se assemelha a uma descrição puramente objetiva; em outros, Rawls realiza uma argumentação estética que visa despertar atenção e adesão do leitor.

Partindo de uma tradição diferente da pragmática (o iluminismo de David Hume e Adam Smith), o professor Michael Frazer também identifica um fundamento estético (ele usa o termo "sentimentalista") na teoria da justiça de Rawls.

Enquanto alguns esperam construir um consenso por trás desses princípios [de justiça] com base apenas na razão, essa não é a única faculdade de que todos compartilhamos. Dado que nossa tarefa é construir uma sociedade justa para seres humanos, e não para seres racionais puros, não há razão pela qual não possamos apelar para muitas características não-racionais da psique humana que possuímos em comum -- nossa emoção, nossa imaginação e nossa habilidade de participar da consciência do outro por empatia. Deixar passar esses poderosos recursos na teoria ou na prática política seria uma terrível perda. (Frazer, 2007, p. 775)⁶⁷

A abertura ao iluminismo sugerida por Frazer, nesse ponto, é semelhante à abertura pragmática aqui sugerida. Sendo a experiência multifacetada e indivisível, faz pouco sentido que a teoria política ignore que nós também partilhamos sentimentos, aspirações, gostos. Esses elementos não apenas entram na construção da ordem social, como deve ser admitida pela teoria que deseje explicar essa ordem. Rawls percebe isso, e desde seus primeiros escritos usa imagens para explicar temas sociais.

O consenso coincidente é outra ideia que também possui afinidades com a estética pragmatista. Se, por um lado é evolucionista, por indicar uma tendência natural da raça humana a encontrar pontos comuns entre suas doutrinas abrangentes, por outro lado é estética, ao recusar qualquer fundamentação mais profunda. O consenso simplesmente existe; é uma ideia de que precisamos em democracias constitucionais, e é uma ideia difundida em sociedades tolerantes. Esse consenso é estético não pelo que diz, mas pelo que deixa de dizer: seu único fundamento é a esperança de que a sociedade democrática se comporte como uma comunidade que, além de separar a esfera privada e a esfera pública, valoriza-as igualmente quando permite que as doutrinas abrangentes coexistam na praça pública, graças ao *proviso*.

O consenso coincidente mostra, sobretudo, como o recuo de uma fundamentação objetiva da justiça deixa o autor apenas com uma concepção de pessoa e a esperança de que, nas sociedades democráticas contemporâneas, haja bom senso suficiente para excluir os intolerantes e permitir um debate público que combine harmoniosamente as experiências particulares. Ele hesita em dar definições,

⁶⁷ While some might hope to build a consensus behind these principles on the basis of reason alone, this is not the only faculty that all of us share. Given that our task is to build a just society for human beings, and not for rational beings as such, there is no reason why we cannot also appeal to the many non-rational features of the human psyche which we possess in common -- our emotion, our imagination and our ability to share in the inner life of others via sympathy. To forego these rich resources in either political theory or political practice would be a terrible waste.

mas mantém a esperança. Há um trecho em "The idea of public reason revisited" que ilustra isso muito bem.

Obviamente, muitas questões são levantadas acerca de como satisfazer o proviso. Uma é: quando ele precisa ser cumprido? No mesmo dia ou mais adiante? Também, sobre quem recai a obrigação de honrá-lo? É importante que fique claramente estabelecido que o proviso é para ser cumprido de boa-fé. Ainda, os detalhes sobre como satisfazer o proviso devem ser trabalhados na prática e não podem facilmente serem governados por um grupo de regras decididas de antemão. (Rawls, 1997, p. 784)⁶⁸

Por esse trecho, ficam claras duas coisas. A primeira, Rawls não acredita que regra alguma possa definir o *proviso*: cabe à sociedade decidir, dia após dia, como as doutrinas abrangentes podem entrar no debate público. A segunda, para que o projeto dê certo é necessário o compromisso das pessoas com o projeto de uma razão pública separada das razões privadas, e colaborem na construção de um fórum público em que não entrem argumentos metafísicos.

Nota-se, agora, que a mudança do primeiro para o segundo Rawls não consiste apenas em que ele passou a se preocupar com a legitimidade, mas também mostra o paulatino abandono de elementos racionalistas em nome de uma ordem pública fundada sobre o senso comum das democracias constitucionais contemporâneas. A ideia de uma estrutura básica, da independência de uma teoria moral, de um equilíbrio reflexivo, entre outras de sua primeira fase, só continuam por ajudar a formar uma imagem da ordem pública agradável. Esse é um diálogo que passa a ser defendido muito mais com base na esperança de que as sociedades encontrem um consenso coincidente do que na comprovada eficiência dessa ideia para a ordem pública.

Essas são as conexões do pragmatismo clássico com a teoria da justiça de John Rawls. Com razão, sua teoria estabelece conexões não somente com o pragmatismo, uma vez que conversa com várias tradições filosóficas e procura resolver muitas e variadas questões ligadas à ordem pública. Em muitas dessas tentativas foi bem sucedido, em outras nem tanto, mas é difícil, hoje, discutir a justiça

⁶⁸ Obviously, many questions may be raised about how to satisfy the proviso. One is: when does it need to be satisfied? On the same day or some later day? Also, on whom does the obligation to honor it fall? It is important that it be clear and established that the proviso is to be appropriately satisfied in good faith. Yet the details about how to satisfy this proviso must be worked out in practice and cannot feasibly be governed by a clear family of rules given in advance.

social sem tocar, direta ou indiretamente, em alguma ideia de Rawls. Ele deu ferramentas a uma geração que tinha bons motivos para procurar um fundamento moral para as democracias constitucionais. O projeto de uma justiça procedimental que seja não apenas procedimento, mas também expressão das aspirações morais de justiça dos cidadãos livres, inspira concepções de direito que são também morais e tratam das dificuldades de uma sociedade em perene transição.

Ronald Dworkin é o autor que mais bem representa a oposição entre uma concepção moral do direito e o ceticismo ou relativismo pós-modernos. Sua concepção de direito, mais do que uma grande obra sob o aspecto estritamente intelectual, incorpora à interpretação jurídica as aspirações éticas encontradas também em Rawls. Como consequência, dá uma resposta estética ao ceticismo na teoria do direito. É a essa teoria que agora nos voltamos.

7. Ronald Dworkin: a reação à incerteza

Ronald Dworkin é um dos filósofos do direito mais influentes das últimas décadas, e um dos grandes responsáveis pelos debates na teoria do direito terem incorporado princípios, temas constitucionais e a ordem política. Seus escritos são conhecidos pela clareza e coragem de encarar temas difíceis, sejam eles filosóficos, políticos ou estritamente jurídicos, mas possuem outras qualidades que, para esta tese, são também relevantes. Dworkin, recentemente falecido, captou como poucos o problema da ordem jurídico-política no ambiente de incerteza pós-moderno. Sua teoria começa como uma reação a H.L.A. Hart, mas é muito mais do que isso: ele luta contra todos os diagnósticos de queda do cartesianismo e ausência da verdades absolutas, e defende um compromisso de integridade moral de toda a sociedade, usando para isso a figura do magistrado. Sua retórica é sofisticada, conseguindo com habilidade criar categorias, metáforas, neologismos, debatendo questões tradicionais com uma linguagem própria, e deixando em dificuldades o oponente que não a compreenda.

Dworkin põe nos ombros dos magistrados a responsabilidade de conduzir moralmente uma democracia, atribuindo a eles o dever de buscar a melhor resposta no caso concreto e integrá-la a um conjunto abrangente de princípios que unifique passado e futuro. Isso é, à primeira vista, uma esperança exagerada. Porém, essas características, que formam o que ele chama de "direito como integridade", correspondem a uma reação ao sentimento de incerteza e indeterminação que domina a interpretação jurídica em sua época. Ele, como Rawls, utiliza metáforas para explicar sua teoria ("resposta correta", "direito como integridade", "romance em cadeia"), mas suas imagens vêm como apoio para um desenvolvimento analítico de intuições que, sem essas ideias, não encontrariam boa expressão. Dworkin usa as imagens de forma menos organizada do que Rawls, reagindo ao que ele considera imprecisões e exageros da teoria jurídica. Sua argumentação não é tão linear e objetiva; às vezes, ele parece se confundir com o vocabulário que ele mesmo cria, usando distinções demasiadamente sutis.

O propósito de Dworkin não é esclarecer as intuições de justiça como Rawls, mas descrever o dever que, segundo ele, os juízes já cumprem, reconectando a teoria jurídica com a luta pelos direitos civis e constitucionais, sem com isso abraçar o

direito natural. Mais do que uma discussão sobre se o direito é produzido ou encontrado, se os campos da lei e da moral são essencialmente diferentes, o autor propõe um compromisso político. Curiosamente, assim como Hart propunha a separação entre direito e moral com fins políticos, o autor de "Levando os direitos a sério" é motivado por algo mais do que a discussão técnica. Sua discussão erudita da filosofia do direito é rica mas, assim como na discussão sobre Hart, aqui interessa mais o fim pragmático por trás dos instrumentos teóricos.

Defendo o direito como integridade, a teoria de Dworkin é uma reação estética ao ceticismo moral na teoria do direito, apresentando a ordem pública como um dever racional e político dos magistrados. É reducionista a estratégia do autor ao jogar a responsabilidade para os magistrados, mas esse reducionismo é estético no sentido dado por Dewey: o juiz de direito, um elemento estético na narrativa do autor, é uma imagem que potencializa uma intuição. Toda obra de arte tem, na essência, o reducionismo de concentrar em elementos sensíveis a técnica, a cultura, os sentimentos de um ambiente social. Dworkin usa esse elemento estético na defesa de uma posição moralista diante do ceticismo contemporâneo; essa reação racional e emocional é o elemento que melhor conecta os vários aspectos de sua obra.

A análise desse elemento se dará da seguinte forma. Inicialmente, é exposta a tese do direito como integridade como reação às contradições e imprecisões da teoria do direito, tal como aparece em dois dos seus primeiros escritos. Posteriormente, será vista a tese epistemológica, presente em seus últimos escritos, nos quais ele discute mais profundamente a objetividade dos juízos morais. Os dois momentos são intelectualmente ricos, mas o último mostra uma preocupação maior com questões tipicamente filosóficas. A primeira fase, ao elaborar uma descrição da sociedade pelos olhos do direito, expõe uma estética social familiar às ideias de John Dewey; a segunda, exacerbando a insatisfação com o ceticismo e propondo um realismo moral enfraquecido, expõe uma vontade de crer familiar às ideias de William James.

7.1 O direito como integridade

Em abstrato, o direito como integridade e a tese da resposta correta são duas ideias diferentes. A tese da resposta correta é a possibilidade de que, em casos difíceis

(*hard cases*), o juiz deve procurar a resposta correta, não se furtando de utilizar valores morais quando a lei ou os precedentes não forem suficientemente claros. O direito como integridade é o compromisso histórico de manter uma harmonia (integridade) entre as decisões jurídicas, como num romance em cadeia (*chain novel*) em que diferentes autores escrevem diferentes capítulos da mesma história e precisam, ao mesmo tempo, ser coerentes com os capítulos anteriores e antecipar os próximos capítulos. Ainda em abstrato, a tese da única resposta correta, discutida em "Levando os direitos a sério", de 1977, combateria a discricionariedade nos casos difíceis; e o direito como integridade, discutido em "O império do direito", de 1986, seria o compromisso com princípios morais do sistema de direito. Cada uma das ideias marcaria, portanto, uma fase distinta da obra do autor.

Isso não está de todo incorreto, pois há uma ênfase maior na integridade do direito no seu segundo grande livro, mas uma ideia depende da outra. Desde o início, o direito como integridade só é possível com o compromisso de, no caso concreto, integrar a resposta específica a princípios de ordem mais gerais. A resposta correta, assim, não é um conceito metafísico que declara ilusória a discordância em casos difíceis, pois magistrados inteligentes podem discordar em temas fundamentais, e nenhum critério exterior pode resolver o problema. "Correta", aqui, significa ligada a princípios de justiça que não dependem da opinião particular do juiz. A resposta correta é um dever moral de impessoalidade, não uma tese metafísica.

Essas ideias aparecem juntas já nas primeiras reações de Dworkin à ideia de discricionariedade como defendida por Hart em "O conceito de direito". Dessa primeira fase serão analisados dois artigos, publicados antes de "Levando os direitos a sério". O primeiro, de 1963, chama-se "Judicial discretion"; o segundo, de 1975, chama-se "Hard cases". As ideias principais desses textos são também desenvolvidas em "Levando os direitos a sério" e "O império do direito", sem grandes diferenças. Escolheu-se aqui analisar artigos por eles tratarem diretamente a resposta correta e o direito como integridade.

A teoria da discricionariedade de Hart, que se tornou lugar comum no ambiente jurídico da época de Dworkin, defende que a decisão judicial poderia se dar de duas formas. A primeira, vinculada à norma e aos precedentes claros (definidos pela regra de reconhecimento), deveria decidir de maneira dedutiva, sem dose alguma

de criatividade por parte do julgador. A segunda, proporcionada pela textura aberta da linguagem, permitiria que o julgador criasse lei no caso concreto, pois estaria livre das amarras do texto. Todo texto de lei teria sua zona de penumbra, seus casos duvidosos, e na dúvida o juiz poderia abandonar o "modo automático". Sendo ou não uma descrição precisa da teoria exposta em "O conceito de direito", essa é a tese que Dworkin identifica como senso o comum ao qual se opõe, construindo a partir dessa oposição sua tese do direito como integridade.

Em "Judicial discretion", uma das primeiras exposições de sua teoria, Ronald Dworkin marca claramente sua posição. Em primeiro lugar, ele admite que há casos em que o juiz decide com mais liberdade, e outros casos em que o juiz se sente vinculado a um sistema de regras, mas não admite a ideia de que a decisão, a partir de um determinado ponto, se torna totalmente discricionária. O máximo controle das decisões que a teoria do direito tradicional admitira, neste último caso, seria uma referência geral a medidas de conveniência ou uma noção geral de justiça; para todos os efeitos, o juiz poderia legislar no caso concreto. (Dworkin, 1963, p. 628)

O autor admite a discricionariedade do juiz, mas com a ressalva de que existem duas espécies de decisão discricionária, e só uma seria discricionariedade real; a outra, apenas aparente, corresponderia à da decisão jurídica. A primeira espécie é exemplificada pela decisão de um treinador de uma equipe esportiva, que tem a liberdade de escalar os jogadores e organizar o time. Nesse primeiro caso, a discricionariedade é ampla, porque o objetivo é a eficiência: vencendo o campeonato, seu trabalho não pode ser criticado e, perdendo o campeonato, os torcedores não podem argumentar que tinham o *direito* de que ele escalasse outro time ou o *direito* de vencer a competição. A segunda espécie é ilustrada por esse mesmo treinador, agora como membro de um júri responsável por conceder um prêmio, ao fim do campeonato, ao jogador de melhor desempenho. Nesse segundo caso, ainda que haja uma margem de liberdade, os critérios para a escolha já estão determinados de antemão, e também haveria precedentes indicando a melhor forma de aplicar esses critérios. Seria muito provável que existissem críticas se, por exemplo, o jogador com mais pontos do campeonato não aparecesse nem na lista dos dez melhores; um jogador com tantos pontos teria o *direito* de entrar na lista, pois a pontuação é um critério relevante. A diferença entre as duas situações hipotéticas é que, no segundo

caso, o técnico deve satisfação a um público que colocou nas mãos dele a responsabilidade de entregar o prêmio e determinou critérios para sua concessão.

Um bom técnico abordará cada uma dessas decisões com base em que uma *única* decisão é a correta. (...) Assim, seria correto dizer que ele tem discricionariedade no primeiro caso, e não tem no segundo. Dizer que ele, como jurado, teria discricionariedade (...) seria perder de vista a própria essência do jogo, seria perder de vista de que há uma estrutura de obrigações. (Dworkin, 1963, p. 633, destaque meu)⁶⁹

A função do juiz é do segundo tipo porque o magistrado possui a obrigação de justificar, com base em direitos e diante de um público, suas decisões. Assim, sua liberdade de decidir é apenas aparente; quando o juiz diz que decide por instinto ou de acordo com sua própria consciência, ele o faz não porque descobre que entrou numa zona de penumbra e ficou livre para decidir segundo sua consciência, mas porque não encontrou nenhuma forma melhor de justificar suas intuições. Além disso, quando ele decide por intuição, não está livre da obrigação de justificar publicamente seu entendimento. Sua decisão, mesmo inédita e instintiva, servirá como primeiro passo na construção do entendimento jurídico sobre o tópico novo, logo, ele deve se esforçar e indicar a melhor decisão possível -- para o caso que julga e para casos futuros.

Juízes frequentemente entendem que as decisões são difíceis e, às vezes, admitem que algumas de suas decisões são baseadas em "adivinhações" ou "palpites". Entendo que um juiz como esse quer dizer que às vezes ele acredita que uma decisão é a correta, mas tem dificuldade em explicar suas razões para acreditar nisso, e não confia em que suas razões possam convencer outros. (...) A metáfora pode ser útil, mas não pode nos fazer supor que a mudança de função [de juiz para legislador] acontece realmente. Em casos muito difíceis, assim como em casos muito fáceis, "discricionariedade judicial" descreve mal a obrigação de julgar. (Dworkin, 1963, p. 637)⁷⁰

⁶⁹ A good manager will approach each of these decisions on the basis that only one decision is the right one (...) Yet it would be correct to say that he has discretion in the first case, and not in the second. To regard the iudex as having discretion, because the businessman or general has discretion, would be to miss the very essence of the game, to miss the point that it is an arrangement of entitlements.

⁷⁰ Judges often acknowledge decisions to be hard, and sometimes (...) admit that some decisions are based on "guesses" or "hunches." I understand such a judge to mean that at times he believes one decision to be the right decision, but has difficulty in stating his reasons for so believing and has no great confidence that such reasons would convince others. (...) The metaphor may be helpful, but it must not lead us to suppose that the change of roles it suggests actually takes place. In very hard cases, as in very easy ones, "judicial discretion" misdescribes judicial obligation.

Para ele, o direito é (e deve ser) íntegro, porque o magistrado possui a obrigação de encontrar a melhor resposta no caso concreto, conectando sua decisão a valores que ligam passado e futuro. A intenção de Dworkin no artigo é chamar atenção para a obrigação pública da função dos juízes, que não podem apenas desistir de procurar a resposta certa quando não houver uma vinculação clara a textos ou precedentes jurisprudenciais. Ele procura, mostrando uma vinculação moral do juiz teoricamente justificável, desfazer "a tensão entre a expectativa pública e a rejeição acadêmica" (*academic denial*) (Dworkin, 1963, p. 638). Nota-se, com a citação acima, que o autor já apresentava, em seus primeiros escritos, duas características que o aproximam do pragmatismo clássico: a valorização do senso comum e a *crença* numa moral objetiva em meio ao ceticismo acadêmico.

Essas ideias são mais bem desenvolvidas no artigo de 1975, "Hard cases". Esse texto, mais extenso que o primeiro, é dividido em várias partes e apresenta uma terminologia já amadurecida, que entende o direito como uma função política. Se no primeiro artigo ele anuncia que há um dever público dos juízes, nesse segundo ele mostra as amplas repercussões dessa ideia fundamental a partir da distinção básica entre questões de princípio e questões de política (*policy*).

A existência de questões de princípio é a tese que define a teoria do direito como integridade. Essa tese não é exclusiva de Dworkin, pois John Rawls já argumentava o mesmo em "The independence of moral theory", de 1974. A ideia fundamental, para os dois autores, é que questões morais e de direito não podem ser reduzidas à utilidade, conveniência, economia ou qualquer outro critério que não seja essencialmente moral. O campo do moral e do justo possuem suas próprias regras, que não dependem de contextos específicos, e estão ligadas a um sentimento de adequação a valores. Os valores morais (e os princípios do direito) são elementos primários e, como tais, não podem ser substituídos por outros critérios, especialmente critérios empíricos. Essa é uma suposição filosófica fundamental, e remete à distinção de Kant entre razão pura e razão prática: os julgamentos morais independem das condições materiais em que o sujeito se encontra, pois sua autonomia moral as transcende.

Na prática, isso significa que um princípio prevalece sobre a conveniência política (*policy*). É a mesma ideia de Rawls, quando, em "Uma teoria da justiça", fala

da prevalência da estrutura básica sobre as questões de utilidade. Princípios geram direitos, e direitos sobrepõem objetivos políticos como a riqueza ou o desenvolvimento técnico.

Segue da definição de um direito que ele não pode ser rejeitado em nome de qualquer objetivo social. Podemos, para simplificar, determinar que não chamaremos nenhuma aspiração política de direito, a não ser que exista um nível mínimo de proteção contra objetivos coletivos em geral; a não ser que, por exemplo, ela não possa ser derrotada com base em qualquer objetivo comum, rotineiro da administração pública, mas apenas em ocasiões de especial urgência. (Dworkin, 1975, p. 1069)⁷¹

A ideia de que direitos funcionam como proteção do sujeito contra ações arbitrárias do Estado é típica da tradição iluminista, e um importante elemento nas sociedades democráticas contemporâneas. Numa época em que o tema da desobediência civil era amplamente difundido, Dworkin e Rawls reproduziram em suas teorias a necessidade de tirar das mãos do poder público a faculdade de negociar os princípios essenciais à autonomia do indivíduo. Princípios implicam direitos, cuja posse pelo cidadão é uma ferramenta de proteção democrática.

Curiosamente, então, o incômodo inicial de Dworkin com a teoria de Hart, e que o faz unir um dever cívico do magistrado à moral social e institucional, é causado pela mesma razão que o último teve em separar o direito e a moral: proteger, com o direito, as liberdades dos indivíduos. Para Hart, isso significava não confundir direito e moral, pois esta deveria influenciar as leis pela legislação, de forma organizada; para Dworkin, moral e direito estavam unidos, porque não se trata mais de uma moral individual e arbitrária que corrompe o direito, mas de um dever cívico e institucional do judiciário em ultrapassar os limites da técnica jurídica.

A teoria do direito como integridade é compatível também com a teoria da justiça de Rawls porque sua ideia de moralidade não é individual, mas pública; ele condena que o juiz insira seus valores morais em sua função delegada pela coletividade. Em último caso, o juiz depende de seu próprio julgamento, e seu

⁷¹ It follows from the definition of a right that it cannot be outweighed by all social goals. We might, for simplicity, stipulate not to call any political aim a right unless it has a certain threshold weight against collective goals in general; unless, for example, it cannot be defeated by appeal to any of the ordinary, routine goals of political administration, but only by a goal of special urgency.

juízo inclui seus valores, sua formação e sua história (Dworkin, 1975, p. 1103), mas esses estão submetidos a uma estrutura moral e institucional.

Juízes, como todos os políticos de carreira, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Essa doutrina diz, na sua forma mais geral, que políticos só podem tomar decisões políticas se as puderem justificar nos limites de uma teoria política que também justifique as outras decisões que queiram tomar. (...) Ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas não podem ser encaixadas em uma teoria *abrangente* de princípios e políticas gerais que seja consistente com outras decisões também consideradas certas. (Dworkin, 1975, 1064, destaque meu)⁷²

O termo destacado -- abrangente (*comprehensive*) -- é o mesmo utilizado por Rawls quando fala em doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*), e o significado é muito semelhante. Trata-se de uma teoria moral ampla, que destaca de leis, decisões políticas e valores morais e institucionais um conjunto de princípios que explique as decisões passadas, explique as decisões atuais e antecipe as decisões aceitáveis no futuro, de acordo com os parâmetros historicamente adotados. Tal teoria seria responsável por integrar passado e futuro de maneira isonômica, permanecendo igual o que for justo e se modificando as decisões inadequadas, isso tudo segundo princípios gerais de justiça e uma estrutura de direitos básicos. Essa é uma descrição direta e resumida da teoria de Dworkin, mas ele não gosta de apresentar dessa forma. Ele prefere explicar metaforicamente, contando a história de um personagem que a executa à perfeição. Esse personagem é o juiz Hércules.

Hércules é a imagem que o autor usa para um juiz com paciência, inteligência e tempo ilimitados, que consegue refletir sobre todo o campo jurídico e elaborar uma complexa teoria da decisão jurídica que é também uma teoria da ordem pública. Sendo um ser tão poderoso, o autor poderia argumentar que ele não comete erros, e suas decisões seriam aceitas por todos os participantes de uma sociedade democrática; se o projeto racional de uma ordem jurídica é possível, ninguém melhor que Hércules para realizar.

⁷² Judges, like all political officials, are subject to the doctrine of political responsibility. This doctrine states, in its most general form, that political officials must make only such political decisions as they can justify within a political theory that also justifies the other decisions they propose to make. (...) It condemns the practice of making decisions that seem right in isolation, but cannot be brought within some comprehensive theory of general principles and policies that is consistent with other decisions also thought right.

Porém, Dworkin não pensa assim. O juiz Hércules é uma imagem, mas não uma imagem racionalista; é uma imagem de nós mesmos, e nem nosso ser mais perfeito poderia alcançar uma resposta incontestável em questões controversas (Dworkin, 1975, p. 1105). O autor, em vários momentos, explica que seu ser mitológico não é um personagem fora da história, neutro em relação ao contexto, e mostra que, se até ele é incapaz de alcançar um ponto arquimédico, nós deveríamos nos contentar apenas com buscar a melhor solução disponível. Cada cidadão, portador de convicções políticas razoáveis e teorias minimamente abrangentes sobre o justo, pratica a nobre função de Hércules; o objeto sobre o qual se reflete para encontrar os princípios de justiça, seja Hércules ou o magistrado comum, não é um objeto metafísico, mas a moral de uma comunidade.

A moral de uma comunidade, ao menos nesses assuntos [de direitos], não é alguma soma, combinação ou função das reivindicações concorrentes de seus membros; é, na verdade, o que cada uma das reivindicações reivindica ser. Quando Hércules se apoia na sua própria concepção de dignidade, (...) ele na verdade se apóia em seu juízo particular sobre o que provém da moral da comunidade. (Dworkin, 1975, p. 1107)⁷³

Em outras palavras, todos os cidadãos que se dão ao trabalho de refletir formam sua própria ideia da comunidade; a diferença entre eles e Hércules é apenas de grau. No entanto, a inexistência de uma verdade absoluta em casos difíceis não autorizaria os juízes a relaxar e aplicar os critérios que lhes vierem à cabeça. Pode não haver uma resposta certa, mas *deve* haver o compromisso de encontrar a resposta correta, ou seja, de encontrar uma resposta que preencha da melhor maneira possível o sentimento de integridade e justiça. Não existe uma verdade absoluta, mas é possível ao juiz encontrar uma linha coerente que integre passado e futuro através das instituições.

A inexistência de única resposta correta, a necessidade de integrar coerentemente as instituições sociais, e o dever de aprimorá-las com base num sentimento público de justiça são crenças bem alinhadas com o pragmatismo clássico. Se é verdade que esses elementos da teoria de Dworkin lembram o pragmatismo, é

⁷³ The community's morality, on these issues at least, is not some sum or combination or function of the competing claims of its members; it is rather what each of the competing claims claims to be. When Hercules relies upon his own conception of dignity, (...) he is still relying on his own sense of what the community's morality provide.

necessário ressaltar que há também elementos divergentes. O mais evidente deles é o fato de Dworkin valorizar o judiciário não por ser um símbolo importante da ordem pública democrática, mas por ser um fórum racional, em que direitos seriam discutidos de forma equilibrada e especializada. Quando Dworkin separa o campo moral dos outros campos, ele usa uma divisão muito pouco pragmatista; isso não se deve apenas ao significado das palavras, mas ao papel que ele atribui ao juiz Hércules. Mesmo este sendo, na maioria das vezes, uma metáfora para o desejo de transcendência em questões de justiça e ordem pública, sua tarefa não é atender ao homem da rua (*layman*). O senso comum não tem nada a dizer em questões morais complexas, porque o campo moral é independente. E técnico.

Não se segue do fato de que o homem na rua desaprova o aborto, ou apoia a legislação que faz disso um crime, que ele tenha considerado se o princípio de dignidade pressuposto na Constituição, consistentemente empregado, apoia sua posição política. Essa é uma questão técnica sofisticada que requer alguma habilidade dialética. (...) Mas, mesmo que Hércules esteja satisfeito com o que o homem comum decidiu, (...) a questão que permanece é por que Hércules deveria considerar decisiva a opinião do homem comum. (Dworkin, 1975, 1107-1108)⁷⁴

Tomando por esse trecho, Dworkin mantém fechados os portões do fórum, e isso não é democrático, muito menos pragmatista. O dever do juiz é com a sociedade, mas, para o autor, é a teoria jurídica que julga se esse dever foi cumprido. Em vários momentos, especialmente na discussão de temas polêmicos, a argumentação assume um claro tom racionalista, que desconfia da discussão política ampla, do senso comum, e usa o vocabulário de direitos e princípios para impor suas concepções particulares como conclusões evidentes de uma compreensão moral do direito. (Posner, 2004, p. 183 e s.)

Com efeito, Dworkin não é um pragmatista. Isso não se deve apenas à crítica de autores como Posner, mas ao próprio Dworkin, que rejeita inúmeras vezes a vertente pragmática da teoria do direito. Ele a considera imprecisa, irracional, caótica e perigosa.

⁷⁴ It does not follow from the fact that the man in the street disapproves of abortion, or supports legislation making it criminal, that he has considered whether the concept of dignity presupposed by the Constitution, consistently applied, supports his political position. That is a sophisticated question requiring some dialectical skill (...) But even if Hercules is satisfied that the ordinary man has decided (...), the question remains why Hercules should take the ordinary man's opinion on that issue as decisive.

Ainda assim, há motivos mais sutis do que um puro racionalismo para Dworkin se distanciar do pragmatismo. Estudando os termos dessa rejeição, será possível compreender melhor os pontos de desacordo, verificando, por consequência, as convergências. Ainda que, ao final, constate-se que Dworkin não pode ser considerado um pragmatista (e isso não é realmente importante), ele identifica muitas questões úteis a uma compreensão pragmática da teoria do direito.

7.2 A reação ao pragmatismo

O pragmatismo filosófico, como qualquer tendência teórica, não é incontestável. Ele possui elementos interessantes, como a rejeição da abstração e um entendimento mais dinâmico e estético da natureza e da cultura, mas seu ecletismo não oferece a mesma segurança ou unidade de teorias mais racionalistas. Como tudo na vida, optar por filosofias é também optar pelo que comprometer; uma tese dificilmente conseguirá ser flexível e segura, dinâmica e estável, ao mesmo tempo. A adoção de uma escola de pensamento é a escolha do instrumento que resolva melhor um conjunto de desafios relevantes, e nesse processo as preferências pessoais têm um peso considerável.

Nessa linha de raciocínio, a opção de Dworkin contra o pragmatismo se dá principalmente porque, em relação problema com o qual se ocupa, a filosofia pragmática não lhe oferece uma solução compatível com suas expectativas e preferências. Para a ideia estética da sociedade e do direito que o autor constrói, é necessário um compromisso com valores morais que não são meramente de conveniência, determinados pela prática ou pelo contexto, mas válidos independentemente da vontade individual e dos interesses pessoais e políticos. Para Dworkin, a sociedade é uma comunidade moral íntegra, que tem no direito seu maior instrumento e símbolo. Para o pragmatismo, ainda que bela, essa é uma suposição exagerada e carregada de elementos racionalistas que impedem a compreensão do fluxo da experiência.

Por trás da rejeição de Dworkin ao pragmatismo, portanto, está a antipatia com relação a uma visão de mundo que contraria a sua. O pragmatismo rejeita uma ordem moral racional, e também rejeita que a melhor expressão dessa ordem seja a

figura do magistrado, seja ele um magistrado de carne e osso ou Hércules. Numa discussão de alto nível como a que ele manteve por muitos anos com Richard Posner, fica claro que não há entre os dois um vencedor, do ponto de vista estritamente lógico. Justamente por terminar empatado o jogo no plano da teoria, é possível perceber com mais clareza as razões intuitivas que apontam para uma ou outra direção.

Em um artigo em resposta a Posner, denominado "Darwin's new bulldog" (1998), Dworkin expõe com clareza, não só do ponto de vista teórico, a distância que mantém em relação à teoria econômica do direito e ao pragmatismo jurídico em geral. Ao final, depois de discutir os aspectos mais técnicos, dá um franco testemunho de sua aversão ao pragmatismo, demonstrando uma rara capacidade de perceber os problemas deste último.

Richard Posner é um contumaz opositor à teoria de Dworkin, por este considerar que a melhor solução para os casos difíceis são os princípios morais. Posner, como um membro do iluminismo maduro, considera que o direito pode e deve se utilizar dos avanços científicos de sua época, e crê que hoje já existem ferramentas avançadas nas ciências sociais, como a economia. Numa época em que essas ferramentas não existiam, poderia até se admitir o recurso a valores morais na resolução de casos complexos, mas hoje isso não se justificaria. Para Posner, o direito como integridade é uma teoria racionalista e retrógrada, somente uma ilusão usada para justificar o isolamento e o monopólio do raciocínio jurídico exercido pelos juristas profissionais.

Em defesa de sua teoria contra teses céticas e relativistas, Dworkin elabora três argumentos principais. O primeiro é que o relativismo e o ceticismo sugeridos por Posner e pelos pós-modernos é um caminho perigoso e contraditório, que compreende mal a ideia à qual se opõe, e não apresenta alternativa viável para as filosofias que rejeita. Nesse primeiro argumento, Dworkin também mostra que sua teoria não é dogmática ou imprecisa, como seus adversários acusam. O segundo argumento expõe as razões para as pessoas quererem juízos morais objetivos, independentes; elas não querem respostas definitivas, substitutos da religião, mas sim segurança na ordem pública. O terceiro argumento, mais geral, ataca o pragmatismo como filosofia, dizendo que ele defende um darwinismo insustentável como teoria moral. Esse último

trecho é o mais revelador do caráter estético e emocional da argumentação de Dworkin. Abaixo, analiso cada argumento em separado.

a) A teoria moral

Todo o artigo é dominado por um pensamento: o ceticismo e o relativismo precisam ser combatidos. Eles são errados e perigosos, e compreendem equivocadamente as teses dos moralistas. Assim como nos escritos da juventude, Dworkin busca aqui critérios objetivos para julgamentos morais; filosófica e politicamente, ele está convencido de que essa é uma questão fundamental, e o erro das teorias relativistas precisa ser desmascarado.

Tenho duas razões para incomodar os leitores com uma meticulosa resposta para o que eu descrevi como argumentos evidentemente ruins. Primeiro, os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento populista e antiteórico que é influente na vida intelectual norte-americana. (...) Esse movimento nos faz perder tempo, porque muito dele, como é o caso do argumento de Posner, consiste em um convite vazio para agir em busca de objetivos que ele nem mesmo pode descrever -- quanto mais justificar. Pior, esses antiteoristas ridicularizam uma ideia que eles não param para compreender, mas que é um predicado fundamental em qualquer busca responsável da justiça social. (Dworkin, 1998, p. 1718-1719)⁷⁵

A ideia ridicularizada é a possibilidade de que, por mais controversa que seja uma posição moral, ela pode estar certa. O problema dos céticos e relativistas é rejeitar desde o princípio qualquer possibilidade de um posicionamento moral estar certo. Parte desse problema, para Dworkin, é que eles confundem questões sociológicas, antropológicas e psicológicas com questões morais. Questões sociológicas, antropológicas e psicológicas dizem respeito a fatos relacionados às crenças: por que o aborto é aceito em algumas culturas e não é em outras? A forma como a raça humana lida com a prole é compatível com a interrupção da gestação? Quão psicologicamente danoso é um aborto para uma mulher? Essas são questões sobre fatos. Questões morais, por outro lado, podem conviver com constatações de

⁷⁵ I have two reasons for troubling readers with a painstaking response to what I have described as evidently bad arguments. First, Posner's arguments are in service of a populist antitheoretical movement that is now powerful in American intellectual life. (...) That movement wastes our time, because much of it, as in the case of Posner's argument, consists of empty calls for action in pursuit of goals it cannot even describe, let alone justify. Worse, the antitheorists mock an idea that they do not pause to understand, but that is a crucial predicate of any responsible search for social justice.

fato que as contrariem: um indivíduo pode julgar que o aborto é um ato objetivamente permissível e, ao mesmo tempo, saber que há dados culturais e antropológicos que comprovam os malefícios para a saúde ou a não aceitação social da prática. Não há contradição, porque os juízos morais dependem de critérios morais, e estes não dependem diretamente dos dados concretos. Os relativistas não aceitam a diferença entre juízos de valor e juízos de fato, mas ela é importante e torna inócuos seus argumentos:

[Posner] proporciona, página após página, inapeláveis provas da diversidade moral e citações da famigerada explicação evolucionista do altruísmo e outras atitudes morais. (Os "moralistas acadêmicos" em sua lista precisam mesmo serem informados, ou serem informados tão frequentemente, de que sociedades, subculturas e indivíduos têm diferentes opiniões morais? Ou que um javali, se fosse capaz de tais pensamentos, acharia bonito um outro javali?) (Dworkin, 1998, p. 1720)⁷⁶

O trecho destacado também mostra ser inútil combater as ideias de um filósofo desse calibre com obviedade de que culturas e classes sociais podem divergir sobre questões morais, e que nenhuma argumentação racional fará as pessoas trocarem suas crenças profundas. A argumentação de Dworkin, como a de qualquer outro moralista contemporâneo minimamente competente, não questionará esses dados.

É perfeitamente consistente alguém insistir que determinados princípios morais -- por exemplo, aqueles que sustentam uma doutrina uma tradição religiosa impopular -- são absolutamente verdadeiros e ainda prover uma "base sólida" para uma grande variedade de reivindicações sobre direitos e obrigações morais, e ainda assim reconhecer que é extremamente improvável que qualquer outra pessoa possa ser forçada a ver a verdade desses princípios ou aceitá-los como fundamento para qualquer julgamento mais concreto. (Dworkin, 1998, p. 1725)⁷⁷

Portanto, é compatível que se sustente uma crença fundamentalista e se creia que nem todos têm de aceitá-la, seja em temas abstratos, seja como justificativa para

⁷⁶ He provides page after page of unimpeachable reports of moral diversity and citations to now-familiar evolution-ary explanations of altruism and other moral attitudes. (Do the "academic moralists" on his hit list really need to be told, or told so often, that societies, subcultures, and individuals have different moral opinions? Or that a warthog, if capable of such thoughts, might think another warthog beautiful?)

⁷⁷ [I]t is perfectly consistent for someone to insist that particular moral principles - for example, those at the heart of an unpopular religious tradition - are absolutely true and do indeed provide a "solid base" for a large variety of more concrete claims about moral rights and duties, and yet still concede that it is extremely unlikely that anyone else can be brought to see the truth of those principles or to accept them as a ground for those more concrete judgments.

decisões concretas. Se é assim para as crenças profundas, será ainda mais verdade para uma reivindicação política num Estado constitucional laico e para uma interpretação jurídica da Suprema Corte. Novamente: a controvérsia para a teoria Dworkin não é um problema, pois sua filosofia moral pressupõe a controvérsia e a dúvida. Por existirem dúvidas e aparentes contradições em relação ao que as pessoas consideram certo ou errado no caso concreto, elas necessitam de elaborar explicações coerentes e gerais para suas opiniões. As teorias morais suprem essa necessidade, pois nada mais são do que um conjunto de princípios que dão coerência a decisões particulares e permitem julgamentos morais mais ponderados no futuro. O cidadão comum e até mesmo o magistrado não precisam adotar a filosofia moral de Kant ou Stuart Mill para justificarem de forma objetiva seus julgamentos morais; basta que elaborem princípios de coerência para perceber uma ideia de conjunto a suas decisões isoladas.

As pessoas que refletem sobre as decisões morais não insistem em construir uma filosofia moral ou política completa, como o utilitarismo ou alguma variação da metafísica kantiana, antes que possam acreditar ou decidir qualquer coisa. Na verdade, elas interpretam de dentro para fora. Começam com um problema particular, e preocupados em poder defender suas opiniões contra objeções. (...) Seu próprio senso de responsabilidade intelectual, moral e profissional, então, define o quão complexa deve ser a teoria que formularão para dissipar essas dúvidas. (Dworkin, 1998, p. 1723)⁷⁸

Dworkin também alega que os relativistas, ao não perceberem que existe um campo independente da argumentação moral, não conseguem reconhecer que suas teses também são teorias morais. Esse é um argumento muito utilizado pelo autor, e é semelhante à autocontradição performativa, de Apel: ao negar a verdade dos juízos morais, os relativistas já fazem, mesmo sem perceber, um juízo moral. Quando se fala, por exemplo, que qualquer juízo moral é contextual, e que só se pode julgar a justiça ou injustiça de um ato em referência ao contexto social em que é feito, assume-se que o contexto é um critério moral válido. Quando um utilitarista fala que não há princípio político certo ou errado, e que a única função do governo é garantir a

⁷⁸ Nor do reflective people insist on constructing an entire moral or political philosophy, like utilitarianism or some variant of Kantian metaphysics, before they believe or decide anything. Rather, they reason, as I have put it on other occasions, from the inside out. They begin with a particular concrete problem, and with reasons to worry whether they can defend their position against objections. (...) Their own sense of intellectual, moral, and professional responsibility, therefore, dictates how general a "theory" they must construct or entertain to put these doubts to rest.

maior soma geral de felicidade, ele define a justiça ou adequação de uma medida política em relação a quanta felicidade é gerada. Quando Posner, na sua juventude, diz que o maior objetivo social não seria a promoção de valores morais, mas deixar a sociedade mais rica, essa não é uma substituição de juízos morais pelo critério objetivo da riqueza; na verdade, considerar a riqueza um bem primordial já é um juízo moral. (Dworkin, 1998, p. 1735)

Da mesma forma que a proposta relativista é compatível com uma realidade moral independente, teses moralistas também são compatíveis com teses relativistas. Quando Rawls argumenta que sua teoria se desenvolve num contexto de democracias constitucionais contemporâneas, ele aceita a tese relativista de que não existem teorias políticas universais, e que o contexto determinará a utilidade de uma tese sobre a estrutura básica da sociedade. Da mesma forma, o próprio Dworkin admite que sua teoria é mais adequada ao direito, e o direito da tradição na qual ele vive. (Dworkin, 1998, p. 1726)

Teorias moralistas fazem concessões relativistas e, depois de feitas algumas concessões ao contexto por parte dos moralistas, a distância entre as duas posições diminui. Apesar de discordarem no âmbito teórico, tanto Dworkin como Posner acreditam na democracia e defendem direitos individuais como a liberdade sexual, de reprodução e a igualdade racial. Para Dworkin, na prática todos são moralistas, em maior ou menor grau. O que diferencia sua posição do relativismo, então, será o reconhecimento de que a *crença* em uma teoria moral tem uma utilidade, atendendo a um fim social que o ceticismo e o relativismo não podem atender.

b) Razões para a crença moral

Quando se fala que cada cidadão tem sua teoria moral, às vezes se parece afirmar a obrigação do cidadão conhecer e adotar a posição de Kant ou J.S. Mill, ou de criar a sua própria doutrina filosófica. Isso, evidentemente, não está certo. "Teoria moral" deve ser vista, segundo o autor, como a necessidade de fundamentar em termos gerais nossas decisões particulares; essas explicações não são a causa de nossa decisão (como se, uma vez estabelecidos os princípios, exercessem sobre nossa vontade uma força invencível). Não existe nenhuma forma ou consequência lógica

específica relacionada às teorias morais; a justificação que Dworkin dá para possuímos crenças morais é -- mesmo sem ele utilizar o termo -- pragmática.

As pessoas tipicamente adotam o raciocínio moral como resposta por uma incerteza ou vulnerabilidade de suas convicções morais. (...) Quase ninguém, exceto alguns poucos filósofos da "metaética", se preocupam com o status filosófico de suas opiniões. (...) Mas muitas pessoas sim se preocupam se suas opiniões fazem sentido: eles crêem que é muito importante alcançar a verdade nessas matérias e agir de acordo com o sentido dessa verdade. (...) Não quero dizer, claro, que as pessoas se preocupam apenas com a coerência de suas convicções, como se a verdade não importasse. Elas se preocupam com a integridade de suas convicções porque estão ansiosas para fazer o que é certo. (Dworkin, 1998, p. 1722)⁷⁹

O trecho citado é muito rico, pois o nele o autor oferece uma justificativa típica do pragmatismo clássico: as pessoas crêem porque precisam, porque se sentem mais seguras, ou simplesmente porque as agrada. Uma teoria moral reforça as convicções, e é necessário estar convencido de algo; cada pessoa saberá a extensão dessa necessidade, e elaborará uma teoria de acordo com ela. Não há mistério, não há teses metafísicas em questão: existe um jogo de linguagem moral, e participar dele faz as pessoas, na prática, se sentirem melhor. Elas querem ter segurança de suas convicções, querem influenciar quem as cerca com o que acham bom, querem aparentar para os outros que são pessoas racionais e coerentes. Não esperam que todos concordem com elas, mas esperam poder justificar suas razões diante daqueles com quem convivem.

Outra característica pragmática da explicação de Dworkin é que o convencimento para ele não depende apenas das características lógicas do argumento. Inclusive, da forma como ele fala, o convencimento em assuntos morais não deve quase nada à lógica.

Concordo com que nenhum argumento moral pode persuadir ninguém, a não ser que ache um ponto de apoio na imaginação. Mas a imaginação pode aparecer sob várias formas, e a imaginação de muitas pessoas inclui uma sede pela integridade

⁷⁹ People typically take up moral reasoning as a response to felt uncertainty or vulnerability in their moral convictions. (...) Almost no one, except a few philosophers of "metaethics," worries about the philosophical status of these opinions. (...) But many people do worry about whether their convictions are sound: they think it very important to arrive at the truth of these matters and to act out of a sense of that truth. (...) I do not mean, of course, that people care only about the consistency of their convictions, as if truth didn't matter. They care about the integrity of their convictions because they are anxious to do what is right.

moral e ética. Eles querem que suas vidas demonstrem suas convicções, e eles querem que suas convicções sejam verdadeiras. (...) Algumas pessoas querem mais do que integridade: eles querem uma visão de como viver -- e de como viver em conjunto -- que possa inspirar e também justificar, e esse desejo explica por que a grande filosofia moral sobreviveu por séculos e até milênios. (Dworkin, 1998, p. 1726)⁸⁰

Dworkin rejeita o instrumentalismo do pragmatismo clássico, mas esse trecho sugere outra opinião. As pessoas, para o autor, escolherão as teorias que mais lhes satisfaçam, podendo ser mais ou menos complexas, a depender do indivíduo, e a motivação dele para adotar uma teoria é aplacar uma angústia e passar uma boa imagem para os semelhantes. É uma notável mudança de tom, se considerado o peso que ele deu, na juventude, ao dever objetivo, e é aparentemente contraditório com o forte combate que ele trava, nos últimos escritos, contra o relativismo.

Como já visto quando se discutiu o pragmatismo clássico, esse passo em direção à estética não é um mau sinal. Diante das dificuldades de justificar teoricamente uma necessidade moral, ele utiliza argumentos estéticos, pragmáticos. Isso demonstra que ele compreende as limitações de sua filosofia, e também crê que uma incoerência lógica é insuficiente para derrubar um dever moral. Em um momento bastante pragmatista, ele admite que, diante de uma necessidade moral, com todos os outros fatores iguais, a escolha entre duas teorias pode ser justificada com base em fatores tipicamente estéticos. Posteriormente serão analisadas as importantes consequências dessa admissão.

c) O pragmatismo filosófico, a descoberto

Dworkin nota que algumas posições de Posner são contraditórias: ora defende a dependência dos juízos ao contexto, ora defende que há direitos defensáveis independentemente de contexto; ora utiliza a vontade da maioria como fundamento de uma posição moral, ora defende posições impopulares. Essa indefinição é preocupante, porque uma teoria moral é importante não apenas para o indivíduo, mas

⁸⁰ I agree that no moral argument can persuade anyone unless it finds a grip in his or her imagination. But imagination can take many forms, and many people's imaginations include a yearning for ethical and moral integrity. They want their lives to display their convictions, and they want their convictions to be true. (...) Some people want more than integrity: they want a vision of how to live - and of how to live together - that can inspire as well as justify, and that desire explains why the best moral philosophy has survived for centuries and even millennia.

principalmente para a ordem pública: é importante que haja um conjunto de princípios protegendo as pessoas. O relativismo, para ele, tem mais esta falha: ao não reconhecer a validade de argumentos tipicamente morais, desiste até mesmo de fixar diretrizes públicas mínimas, e essa é também uma falha política. Se a falta de princípios já é um problema no âmbito individual, é perigoso para todos a ausência de princípios de ordem pública. Para Dworkin, não se pode, por dificuldades teóricas, simplesmente desistir da ordem pública racional.

Dworkin discorda do pragmatismo, mas não é por divergir em questões concretas como o aborto ou a eutanásia. Se fosse só em relação às opiniões políticas e morais concretas, o autor não teria nada contra o pragmatismo, mas não se trata disso. Dworkin prega uma missão moral, uma visão de mundo, e é essa visão de mundo que é incompatível com o pragmatismo, que, pluralista e experimental, costuma abominar projetos desse tipo. Dworkin e os pragmatistas não divergem em relação aos fatos, e isso se comprova quando considerações críticas feitas por um podem ser vistas como elogio pelos outros.

Pragmatistas argumentam que qualquer princípio moral deve ser avaliado somente segundo um critério prático: adotar esse princípio ajuda a melhorar as coisas? Mas se eles estipulam qualquer fim social -- qualquer concepção de quando as coisas ficam melhores -- eles sabotam a própria alegação, porque esse objetivo social só poderia ser justificado instrumentalmente numa argumentação circular. (Dworkin, 1998, p. 1735)⁸¹

[Segundo o pragmatismo] deveríamos então colocar nossa fé não na nossa habilidade natural de identificar normas e atitudes apropriadas, mas na habilidade da natureza de realizar isso pela seleção natural ou coisa parecida. (Dworkin, 1998, p. 1736-1737)⁸²

O pragmatismo darwinista ajuda a explicar, além disso, sua profunda admiração por Oliver Wendell Holmes, cujo ensaio "The path of the law" deixou perplexos os filósofos do direito ansiosos em categorizar esse juiz, mas que se compreende melhor, como o seu título sugere, como uma celebração do inexorável fluxo da lava da natureza abrindo seu caminho na história. (Dworkin, 1998, p. 1737)⁸³

⁸¹ Pragmatists argue that any moral principle must be assessed only against a practical standard: does adopting that principle help to make things better? But if they stipulate any particular social goal - any conception of when things are better- they undermine their claim, because that social goal could not itself be justified instrumentally without arguing in a circle.

⁸² We might then put our faith not in our own ability to identify appropriate norms and attitudes, but in nature's ability to do this through natural selection or some analogue to it.

⁸³ Darwinian pragmatism helps to explain, moreover, his deep admiration for Oliver Wendell Holmes, whose own essay *The Path of the Law* has puzzled legal philosophers anxious to categorize that

Independentemente de quem tem razão, se Dworkin ou os pragmatistas, fica claro por que são duas visões de mundo diferentes: um pragmatista clássico não se ofenderia com **nenhuma** dessas considerações. O autor dá um peso considerável a essas objeções ao pragmatismo filosófico, mas nenhuma delas perturba quem já possui uma visão de mundo pragmática, que se agrada com a mudança e teme o menor sinal de racionalismo. Posner pode ser até o novo cão-de-guarda de Darwin mas, se é pelas razões da citação acima, isso para ele é um elogio.

Discutidos todos esses aspectos, é interessante perceber que não se encontram divergências práticas sérias entre Dworkin e Posner. É claro que se levantam divergências no artigo, a forma de argumentar dos dois autores é bem diferente e, como se não bastasse, eles ainda se declaram inimigos intelectuais, como bem mostra o tom ácido do debate. O que se levanta aqui é que as divergências se situam num plano mais elevado, de visões de mundo e expectativas distintas. Os dois, como outros autores contemporâneos, participam de um consenso sobre a incerteza, sobre a impossibilidade de uma única resposta em temas controversos, sobre a responsabilidade de justificar as opiniões controversas, sobre a possibilidade democrática de um consenso estável e sobre o papel de equilíbrio exercido pelo direito. A teoria do direito contemporânea está repleta de autores que concordam em tudo, mas ainda assim discordam. Para compreender bem esse estado de coisas, antes de declarar uma época filosoficamente pobre (em que se discorda concordando), é necessário aceitar a natureza sutil das divergências.

Defende-se aqui que a única divergência que sobra entre grande parte das teorias do direito pós-modernas é estética e, como tal, só poderá ser devidamente compreendida se realizada a abertura de perspectiva proporcionada pelo pragmatismo clássico, e sua ideia de verdade estética. São esses elementos sutis que marcam as diferenças entre as doutrinas contemporâneas, e não a posição em relação ao cartesianismo, o papel do texto na interpretação jurídica ou a diferença entre direito e moral. Segundo penso, é necessário abrir a perspectiva, fazer novas perguntas, e o pragmatismo é, no momento, a doutrina mais adequada para perceber onde paramos, e a partir daí levantar novas e importantes questões.

Justice, but which is also best understood, as its title suggests, as a celebration of the inexorable lava flow of nature cutting its path through history.

7.3 A estética como argumento na teoria do direito

Seria exagero declarar que Ronald Dworkin não possui uma teoria do direito, pois o direito como integridade é uma linha de pensamento coerente e responde a problemas bem determinados da filosofia jurídica. Além disso, as convicções teóricas do autor lhe são úteis para debater com competência temas constitucionais como o aborto, a eutanásia ou o direito à pornografia. Pode-se falar que sua teoria é obscura, que ele tem uma estranha preferência por discutir detalhes ou que sua retórica é carregada de racionalismo, mas é necessário também reconhecer que ele nunca se furtou de discutir temas de direito positivo, especialmente do direito constitucional. É possível considerar separadamente sua teoria do direito e suas opiniões em questões específicas, mas é revelador notar a coerência entre suas defesas incondicionais dos direitos civis e sua teoria do direito que recusa a indeterminação na interpretação jurídica. Sua convicção democrática conecta esses dois planos.

Desde o princípio de sua obra, Dworkin acredita que, para a construção de uma sociedade ordenada, é necessário as pessoas possuírem direitos e poderem opor esses direitos a qualquer conveniência política ou econômica. Ele acredita na democracia, e acredita nos juízos morais independentes como uma parte importante dela, e é por isso que ele luta contra qualquer onda de ceticismo, relativismo e indeterminação na teoria da interpretação da lei. Quando ele fala que as pessoas desenvolvem juízos morais como reação a uma "sensação de incerteza ou vulnerabilidade em suas convicções morais", ele fala também de si mesmo: sua teoria não é um manual de instruções da resposta correta, mas o resultado da insatisfação com um sentimento de incerteza que impediria as pessoas de discutirem seriamente sobre direitos fundamentais.

Sua fé nos direitos fundamentais também explica sua crença no sistema jurídico, o que lhe leva a falar tanto do magistrado, culminando na metáfora do juiz Hércules. Ele crê no primeiro princípio de justiça de Rawls, que declara que um direito básico não pode ser diminuído, a não ser com o propósito de aumentar a soma total de direitos básicos. Assim, não se poderiam negar os direitos políticos em nome de uma prosperidade econômica, nem o direito à igualdade em nome do desenvolvimento técnico; os direitos devem ser discutidos separadamente dos assuntos de conveniência política, pois são a defesa do cidadão contra os abusos do

Estado e a garantia de uma ordem social estável. Com essa crença, é natural que ele tome como modelo o jogo de linguagem do judiciário, pois ao juiz não cabe decidir a conveniência de uma medida política, mas sim assegurar o respeito aos limites da liberdade individual. O tipo de discussão travada no judiciário, especialmente quando se trata de temas constitucionais, é racionalmente adequado à delimitação dos direitos civis. O magistrado, para ele, é mais do que o oficial responsável pela delimitação desses direitos; ele é o representante racional da ordem pública, e a discussão judicial serve como modelo para o debate sobre esses direitos em contextos mais gerais.

Nesse cenário, o objetivo do autor não é construir uma teoria concorrente da ética kantiana ou utilitarista, mas pensar, como ele mesmo coloca, "de dentro para fora", defendendo a possibilidade de uma justificação pública e racional dos sentimentos concretos sobre igualdade racial, direito à vida ou liberdades políticas. Sua preocupação maior não é meramente teórica, mas ética e política: a filosofia do direito não pode desistir de elaborar juízos morais objetivos, pois o judiciário tem um papel decisivo na consolidação dos valores democráticos. Por isso, sua teoria vai assumindo, com o tempo, o aspecto de uma cruzada contra o ceticismo e o relativismo; por isso, ele é implacável contra qualquer sinal de desconfiança em relação a teorias morais. Por isso, também, ele aceita a existência de opiniões morais diferentes das suas, e estimula que todas convicções razoáveis sejam trazidas à praça pública; dentro dos limites de civilidade, não importa o que se defenda, pois o importante é que se creia na democracia, na capacidade dos seres humanos elaborarem explicações públicas que não apenas dissipem suas inseguranças pessoais, mas permitam, além disso, o compartilhamento e a consolidação institucional de convicções éticas.

Por isso, também, sua disputa intelectual com Richard Posner. Os dois podem até partilhar muitas convicções éticas, mas não partilham o ideal de construir uma sociedade mais justa. Posner, em relação a isso, é um cínico, e isso incomoda Dworkin em um nível muito maior do que se o pragmatista fosse um religioso convicto e contrário ao aborto e à igualdade sexual. Nesta hipótese, Posner ao menos levaria a sério a discussão sobre direitos, não a reduzindo à economia ou a qualquer outro critério utilitário. Cada vez fica mais claro, na teoria do direito de Dworkin, que o importante mesmo é levar os direitos *a sério*, não importa quais direitos. (Desde

que, frise-se mais uma vez, dentro dos limites de civilidade vigentes nas democracias constitucionais.)

O aspecto de evangelização democrática atinge um alto grau num artigo chamado "Objectivity and truth: you'd better believe it" (Dworkin, 1996). Nele, Ronald Dworkin desenvolve uma longa e técnica exposição dos motivos pelos quais recusa o ceticismo e o relativismo típicos da pós-modernidade na filosofia. Seu objetivo no texto é mostrar que uma tese cética ou relativista não se sustenta, pois, em sociedade, ser indiferente é já tomar uma posição em relação a temas morais. Ser indiferente em relação ao aborto, por exemplo, é permitir o aborto; para Dworkin não existe, em sociedade, posicionamento moral neutro, porque tanto a atitude como a falta de atitude trazem consequências. Além disso, a posição filosófica de que não são possíveis juízos morais objetivos ou verdadeiros não afeta em nada nossa obrigação de dar o melhor de nós na hora de resolver essas questões; para fazer a nossa sociedade a melhor possível, não é preciso se referir a um deus ou qualquer outro critério fora da sociedade. Para Dworkin, é possível chamar, sem nenhum crime filosófico, de objetivamente válidos e verdadeiros os posicionamentos éticos coerentes.

Esse é um posicionamento bem prático e, sem surpresas, é possível mais uma vez o relacionar ao pensamento de John Dewey. Ainda que ele não admita, suas considerações sobre a objetividade dos juízos morais são válidas porque são instrumentais no sentido pragmático, e isso já se mostra no título: "you'd better believe it" (é preferível você acreditar). Isso é compatível com uma sociedade democrática, com liberdade de expressão, que valoriza as convicções individuais e tenta administrar a divergência da melhor maneira possível, sem uma doutrina oficial que limite a liberdade de crença, e um sistema educacional e econômico que estimule a criação. Nesse contexto, a interpretação jurídica deve valorizar a tradição e a segurança, mas também ser capaz de se adaptar às necessidades sociais e fazer as atribuições de direitos acompanharem a evolução social. Essa descrição é de Dworkin, mas poderia ser de Dewey, se consideradas desse último as obras "Democracia e educação" (1959) e "Logical method and law" (1924).

Mais um ponto de contato de Dworkin com o pragmatismo clássico é o reconhecimento de que "nenhum argumento moral pode persuadir uma pessoa a não

ser que encontre um ponto de apoio na imaginação". Nessa mesma linha, na conclusão de "Objectivity and truth", o autor escreve um parágrafo intitulado "A pious hope" (Uma devota esperança). É um belo convite:

Queremos viver vidas decentes, que valham a pena, para que possamos olhar para trás e sentir orgulho, não vergonha. Queremos que nossas comunidades sejam equitativas e justas e nossas leis sábias e justas. Esses são objetivos enormes e difíceis, em parte porque os problemas relacionados a eles são complexos e enigmáticos. Quando nos dizem que quaisquer de nossas convicções que lutamos para alcançar não podem ser verdadeiras ou falsas, ou objetivas, ou parte do que sabemos, ou que são apenas movimentos num jogo de linguagem, (...) devemos responder que essas sugestões desprezíveis são todas falsas, não passam de má filosofia. Mas isso seria uma interrupção sem sentido, sem benefícios, cansativa, e devemos ter esperança de que os espíritos pouco inspirados de nossa época que a justificam vão em breve para longe. (Dworkin, 1996, p. 139)⁸⁴

Para Dworkin, é tão necessária a crença, que ele não deveria justificá-la diante do tribunal pós-moderno; é um desperdício, uma interrupção sem sentido, uma tarefa desnecessária e cansativa. Ele crê em seus argumentos lógicos, mas não crê que pode convencer quem não está disposto a acreditar neles, pois não há uma vantagem imediatamente palpável e demonstrável em se adotar uma posição moralista como a sua. Resta a ele apelar para o sentimento, para a ideia de harmonia moral, de uma sociedade justa, da necessidade de todos assumirem a responsabilidade de construir um mundo melhor. Seus argumentos passam a procurar um ponto de apoio emocional, e "Objectivity and truth" demonstra bem esse percurso: depois de discutir longamente sobre ceticismo arquimédico, realismo interno e realismo externo e outros elementos da técnica filosófica, Dworkin reconhece que, mesmo ao final de uma extenuante argumentação, não há ainda um vencedor claro entre moralismo e ceticismo, e lança mão de argumentos consequencialistas e estéticos. Se, ao escolher entre uma filosofia moralista e uma cética, todos os demais critérios são equivalentes, "é preferível acreditar" naquela que melhor corresponder à "esperança devota".

⁸⁴ We want to live decent, worthwhile lives, lives we can look back on with pride not shame. We want our communities to be fair and good and our laws to be wise and just. These are enormously difficult goals, in part because the issues at stake are complex and puzzling. When we are told that whatever convictions we do struggle to reach cannot in anycase be true or false, or objective, or part of what we know, or that they are just moves in a game of language, (...) we must reply that these denigrating suggestions are all false, just bad philosophy. But these are pointless, unprofitable, wearying interruptions, and we must hope that the leaden spirits of our age, which nurture them, soon lift.

Ronald Dworkin é um autor significativo para a tese mais geral aqui desenvolvida porque ele expõe, na sua obra, três momentos importantes para compreender a questão da certeza na interpretação jurídica. O primeiro momento é constatação da dificuldade de defender um critério objetivo de verdade no contexto da filosofia pós-moderna, que tem como tema principal a falência do projeto racional da modernidade, resultando em um nível maior ou menor de ceticismo, mas sempre desconfiada de qualquer critério não-contextual. O segundo momento é a constatação de que não há uma diferença significativa entre uma tese moralista e uma tese relativista ou cética, no que tange aos efeitos concretos. Tanto um cético como um moralista podem defender os mesmos direitos, as mesmas posições políticas, a mesma eficiência na interpretação dos textos de lei, e isso dificulta sobremaneira a prova da superioridade de uma ou outra posição filosófica. Em terceiro lugar, graças à incapacidade de provar a superioridade do moralismo em situações concretas, resta a ele recorrer para outros critérios, como valores gerais de ordem e coerência, e isso envolve o uso de imagens como a harmonia e a coerência das crenças individuais, uma sociedade organizada em torno de uma estrutura básica de justiça ou uma concepção universal de sujeito de direitos.

A filosofia do direito por vezes ignora os dois últimos momentos, mas eles são importantes para a compreensão do atual estado da teoria jurídica, e não é por representarem uma mudança do intelectualismo para o intuicionismo, ou o golpe de misericórdia no projeto cartesiano; nada disso. O segundo e o terceiro momentos, além de representarem frustração, mostram uma mudança de perspectiva e novos critérios para o racionalmente aceitável. Longe de serem um mera negação do intelectualismo e a troca do racional pelo razoável, diminuem as expectativas sobre o que se pode provar, mas mantêm a *decisão* de sustentar uma verdade. É uma corajosa declaração de que não importa o resultado da discussão entre modernos e pós-modernos; o que importa é que a razão seja utilizada como instrumento de nossas crenças, e não como justificação dessas crenças. O que o segundo e o terceiro momentos mostram é que Dworkin, mesmo reconhecendo que não resta pedra sobre pedra do edifício metafísico, crê possível construir um abrigo suficientemente seguro a partir dos escombros. O que importa, mais do que a grandeza do edifício, é a sensação de estar abrigado, e todas as possibilidades que ela abre.

Essas lições tiradas do esgotamento de Dworkin são mais bem compreendidas quando se modificam as expectativas sobre os métodos racionais e a verdade da filosofia. Se o método e a razão são entendidas como uma técnica filosófica, que mostra passo a passo como uma ideia decorre de outra, a razão iluminista não se sustenta. Se, por outro lado, aceita-se a verdade pragmática (intuitiva, estética e instrumental), em sintonia com o iluminismo maduro e também com a ideia original de *logos*, a crise da modernidade parece menos séria, e falar em verdades objetivas e métodos racionais deixa de ser uma heresia metafísica. O pragmatismo, valorizando o fluxo da experiência, considera a ciência, a filosofia e a arte variações do mesmo tema: expressões estéticas do homem na sua relação orgânica com o ambiente social.

É claro que o pragmatismo tem problemas, e uma ideia tão deflacionada da verdade pode não corresponder à expectativa de muitos. Isso não contexto. Porém, como Dworkin mostra, as escolhas entre as filosofias e visões de mundo, ao menos numa época de incerteza como a nossa, se dão a partir da adequação das versões disponíveis à natureza dos problemas percebidos. O que vai decidir, para o cético ou moralista, é a *expectativa* que ele mantém em relação às teorias, a partir dos problemas que *sente* em sua situação. Se é verdade que, na resolução de problemas concretos, não há vantagem clara de uma teoria sobre a outra, o que decidirá será a adequação a esses elementos essencialmente variáveis. Mais sensível a esses elementos sutis, e menos exigente com os critérios de certeza, a visão pragmatista é a mais adequada para compreender as sutis diferenças no ambiente de incerteza pós-moderno.

Conclusão

Uma das características marcantes do direito é como ele se reinventa, incorporando tudo aquilo que lhe é útil: religião, lógica, política, ciência, filosofia, tudo isso compõe o direito, mas não limita o direito, porque ele é capaz de ampliar continuamente sua zona de influência. Não se trata de um objeto inefável, pois pode ser definido com referência às instituições que resolvem os problemas de justiça, mas essa definição, além de circular (direito é aquilo que fazem os juristas), é insuficiente: os temas jurídicos começam fora do fórum, que é apenas a conclusão de um complexo processo de compatibilização de interesses. Assuma o direito a linguagem dos direitos fundamentais, ou da eficiência econômica, ele é uma ferramenta de interesses, e estes começam muito antes dele.

Preocupar-se com o direito é, portanto, também se preocupar com essa ordem que o cerca. É claro que o jurista prático deve se preocupar com seu ofício, mas poucas coisas são mais parte do seu ofício do que a forma como os valores sociais influenciam as argumentações jurídicas, dentro e fora do fórum. Operar através da lei é importante, mas, à menor necessidade de inserir a norma escrita em seu contexto, o jurista entra no reino do indefinido e precisa usar sua prudência -- o que é uma forma diferente de dizer que ele vai consultar seu instinto e depois justificar com critérios mais gerais. Algumas teorias, entre elas a análise econômica do direito, tentam dar um caráter mais científico à prudência, mas o fluxo da experiência não aguenta ser represado por muito tempo: os valores morais, as retórica estratégica, a vontade política, as mudanças econômicas aparecem, cedo ou tarde, na produção e na aplicação do direito.

Assim, a mais coerente tarefa que a teoria do direito pode assumir não é a de limitar conceitualmente o campo jurídico, mas a de explicar a ligação da técnica jurídica com os critérios ou valores sociais mais abrangentes. Nessa ocupação, não pode se limitar àquilo que auxilie a "prática" do direito, pois, como a discussão sobre o pragmatismo já mostrou, esse também é um conceito impreciso: se, para Ronald Dworkin, é prático para a decisão jurídica ter um jogo de linguagem exclusivamente moral, para Richard Posner esse é um recurso confuso e inútil. Também não é coerente limitar o direito a um único fator, como os interesses políticos, econômicos

ou sociológicos, pois esses são muito sensíveis às mudanças históricas, e uma teoria geral que os considerasse teria uma quantidade imensa de dados a analisar. Privilegiar a linguagem de um ramo do direito, como já foi feito com o direito civil e agora acontece com o direito constitucional, é um caminho possível para a teoria do direito, a mantém perto da prática e ao mesmo tempo com algum poder de especulação teórica, mas há o risco de limitar as possibilidades de uma análise filosófica, que pode ser muito mais ampla do que um ramo da ciência jurídica.

Essa miríade de possibilidades revela ao menos duas coisas. A primeira, que não é possível definir de antemão o que se deve chamar de teoria do direito, ao menos se é aceito que tudo que é humano interessa ao direito. Em segundo lugar, e mais importante que a primeira conclusão, é que fazer teoria do direito é fazer concessões: um objeto tão amplo convida a uma análise abrangente, mas essa análise não pode ser abrangente demais, sob pena de não comunicar nada. Se concordamos com John Rawls, uma teoria tem o dever de esclarecer nossas intuições e preocupações e, nesse processo reflexivo, lapidar nossas crenças. Segundo esse raciocínio, uma teoria do direito será válida se, desenvolvendo uma intuição ou dúvida, for capaz de contribuir com a reflexão sobre elementos relacionados direta ou indiretamente ao que usualmente se entende como direito.

O objeto trabalhado nessa tese foi o sentimento de incerteza que separa as reflexões filosóficas da pós-modernidade, céticas por natureza, das questões de direito cotidianas, certas por natureza. A ideia de crise da modernidade, trabalhada ao longo do texto, faz entrar em contradição duas situações que, sozinhas, não são incoerentes: o relativismo da filosofia contemporânea e a necessidade de decidir do mundo jurídico. O que se mostrou ao longo do texto é que essa ideia de crise, se analisada mais de perto, decorre de uma grande expectativa sobre os instrumentos racionais, e estes não são capazes de suportar. Com uma abordagem menos exigente, sugerida pelo pragmatismo clássico e pelo iluminismo tardio, podem ser conciliadas novamente a dúvida da filosofia e a certeza dos juristas não-filósofos. Não se trata, no fim das contas, da denúncia de uma contradição ou insuficiência das filosofias pós-modernas, mas da sugestão de que uma outra leitura filosófica leva a uma descrição mais coerente das relações atuais entre filosofia (como teoria do conhecimento) e direito.

A tese começa apresentando a teoria de Karl-Otto Apel, que aparece aqui não somente por ser um autor com reflexos diretos na teoria do direito brasileira (com Robert Alexy), mas principalmente por demonstrar na sua obra uma forte rejeição ao cartesianismo e ao projeto racional da modernidade. Enciclopédico, Apel percorre um longo caminho para provar ao leitor a importância de transformar a filosofia na pós-modernidade, e a necessidade ética de rejeitar os privilégios da razão técnico-instrumental. A linguagem utilizada e a ambição do projeto de transformação da filosofia fazem de Apel um autor obscuro, hermético, mas sua forma de exposição é coerente com o conteúdo da mensagem. Para provar o ambiente de incerteza, ele precisa mostrar todos os fatores que o fazem sentir isso, pois é impossível associar a uma única escola ou tradição filosófica um sentimento difuso de insegurança.

Apel é enciclopédico porque só assim se mostra o ambiente da pós-modernidade; só com muita licença poética é possível indicar uma relação de causalidade entre uma ideia ou grupo de ideias e um sentimento geral de incerteza. Em vez de provar com uma demonstração que nós precisamos de novos parâmetros filosóficos, ele constrói uma narrativa que apresenta as imprecisões de cada uma das tradições filosóficas mais influentes de seu tempo. Ao final, sua "pragmática transcendental" é um grito de socorro, uma teoria sem forma ou conteúdo definidos, mas que expõe o sentimento de crise que domina o autor. Além de conseguir identificar com inteligência os pontos fracos de muitas tradições filosóficas, Apel faz isso com uma indisfarçável paixão. Essas duas importantes características mantêm uma relação de dependência mútua: ele só consegue identificar tantos problemas porque carrega esse sentimento apaixonado de crise e mudança, e isso o move de tal forma que é incapaz de elaborar uma teoria que preencha a expectativa. O erro maior de Apel é esperar demais da razão, e isso o faz encontrar tantos defeitos na tradição racional que nem a teoria dele é capaz de escapar de suas próprias críticas.

H.L.A. Hart é mais um exemplo de como uma mudança de expectativa pode mudar a opinião que se tem de uma teoria. Se se espera de sua teoria uma explicação sobre a natureza do direito e da moral, não é possível conseguir muita coisa: aparecem contradições, imprecisões, insuficiências do direito positivo ao traçar uma linha clara que o separe dos valores morais. No entanto, quando compreendidas as razões do autor, nota-se que sua teoria tem fins instrumentais, utilitaristas: é preciso definir o

direito e a moral não por uma razão puramente teórica, mas porque é necessário identificar no discurso a força de cada argumento, e se possa dar o peso adequado a um argumento moral e a um argumento jurídico em cada contexto. O que a crítica de Frederic Kellogg, inspirada em Oliver W. Holmes, não consegue perceber é a pequena expectativa que Hart mantém em relação ao que pode ser explicado pela razão, não cometendo o autor de "O conceito de direito" o erro que Apel comete no campo da filosofia moral.

Com Luis Recaséns Siches, temos um exemplo do exagero cometido por Apel, mas agora no campo do direito. Para Siches, a interpretação típica do direito positivo falha porque não consegue garantir, com seu método, nem a uniformidade, nem a justiça das decisões jurídicas. Para ele, é necessária uma nova lógica do direito, que substitua o racional pelo razoável, e seja sensível às peculiaridades do caso concreto. O autor, como Apel, é competente em identificar os defeitos do formalismo mas, também como o filósofo alemão, espera demais da sua lógica do razoável. Assim como a filosofia, com seus meios racionais, não consegue resolver a ampla crise ética identificada por Apel, uma razoabilidade jurídica não vai trazer sozinha o equilíbrio entre direito e justiça. Essa relação, por ser social e incluir outros fatores, não pode ser resolvida apenas por uma mudança no método jurídico. A questão da justiça é mais complexa do que a adoção de uma lógica razoável ou uma lógica positivista no direito. Tanto uma teoria que promova uma interpretação estrita da lei quanto uma teoria que promova uma interpretação mais contextual e razoável podem ser adequadas a um sistema jurídico, desde que haja mecanismos que compensem o caráter dogmático ou maleável da técnica adotada no fórum.

Da análise desses dois juristas se conclui, mais uma vez, o que se falou mais acima: uma teoria do direito, por mais sofisticada que seja, não pode cuidar da totalidade dos problemas jurídicos. A teoria do ordenamento jurídico, por exemplo, pode explicar a relação hierárquica entre as normas e a metáfora do direito uno, mas não pode garantir uma interpretação justa; uma lógica do direito razoável é capaz de indicar os limites do formalismo e inspirar uma justiça casuística, mas não é capaz de resolver a separação entre direito e moral, que por sua vez tem a utilidade justificada por uma terceira teoria, a de Hart. O direito é um objeto complexo demais para seus problemas serem resolvidos por uma única explicação. A vantagem do pragmatismo

filosófico, na leitura dessas questões, é não levar tão a sério as contradições entre as teorias que as tentam resolver, identificando-as como instrumentos que não se destinam a revelar a natureza ou a essência de coisa alguma. O temperamento pragmático aceita a teoria do direito como uma família de teorias.

O temperamento pragmatista, que aceita os inerentes limites e contradições da razão, é discutido no terceiro capítulo com referência à história do iluminismo. Ian Shapiro, cientista político, traz as ideias do ideal artesanal e do iluminismo maduro, ou tardio. O que elas ilustram é que o movimento iluminista não pretendeu ter um domínio do mundo natural, mas sim do mundo humano, pela extensão da ideia de que, uma vez que deus possui o mundo que cria, o homem também possuirá aquilo que constrói sobre a terra. O ideal artesanal é a ideia, do início do movimento iluminista, de que o homem poderia ter um conhecimento certo sobre os fenômenos culturais e políticos. Com o desenvolvimento das ciências, mudou-se o conceito de certeza, e as teses sobre os assuntos humanos já não satisfaziam a nova exigência. Vem então a ideia difusa de que a ciência aumenta a liberdade, porque aumenta a quantidade de coisas conhecidas e melhora a qualidade de vida. A ideia de progresso do iluminismo maduro não vem pela tecnicização do mundo, mas por uma esperança difusa de que a ciência tornará, no longo prazo, a vida mais fácil e próspera.

Na discussão sobre o jurista Richard Posner, une-se a esperança do iluminismo tardio no progresso social pela ciência com os fundamentos do pragmatismo clássico, antecipando o que é discutido na terceira parte. Posner tem a vantagem de aplicar crítica e coerentemente os fundamentos pragmatistas a vários campos diferentes da teoria do direito. Ele não tem uma teoria do direito robusta, mas possui um grande senso crítico, desenvolvendo uma sofisticada desconfiança sobre o poder da razão na resolução de problemas éticos. Aqui, não se analisou com detalhes sua teoria econômica do direito, sendo dada atenção a sua plausível divisão do pragmatismo em três etapas: fundamento epistemológico, método de decisão e teoria política. Eles não estão necessariamente ligados, nem em teorias do direito, nem em filosofias pragmáticas, mas a forma como Posner os expõe demonstra uma interessante organização de pensamento: a ética política da terceira parte é separada dos fundamentos filosóficos e das convicções científicas, mas pode ser instrumentalizada por elas e, de certa maneira, também as determina. Ainda que não

se concorde nesse ponto com o autor, é preciso reconhecer que articular uma teoria a partir de convicções pessoais é uma estratégia retórica curiosa. Essa técnica é também utilizada por John Rawls e Ronald Dworkin.

A última parte inicia com o pragmatismo filosófico, o ponto onde se condensam as conclusões das partes anteriores, permitindo as reinterpretações realizadas nos dois últimos capítulos. Os fundamentos do pragmatismo clássico são complexos, e o interesse aqui teve de se reduzir a três de seus pioneiros. São teorias corajosas e, se o leitor não aceita de início suas premissas, dificilmente ficará convencido durante o desenvolvimento da ideia. Foram destacadas como premissas a valorização da intuição, o evolucionismo e o caráter estético da experiência, que correspondem, respectivamente, a William James, Henri Bergson e John Dewey.

Ao valorizar a intuição, James admite que uma crença pode ser justificada por argumentos não-lógicos, e mais: na inexistência de dados contrários, é possível até mesmo tomar uma ficção como verdade, desde que ela seja útil. Esse conceito tão elástico da verdade levou Charles S. Peirce, o fundador do pragmatismo, a modificar o nome de sua teoria, para que não fosse confundida com o empirismo radical de James.

Henri Bergson leva a ideia de verdade como crença a outro nível, e constrói uma teoria metafísica, intuitiva e também científica sobre a evolução natural. Para Bergson, a experiência vem em pedaços, e é nossa imaginação que conecta os pontos soltos, criando uma narrativa coerente do que já vivemos e antecipando novas situações. Esse poder da imaginação ele utilizou em sua própria narrativa, para explicar a crescente complexidade dos seres vivos. O autor leva tão a sério sua psicologia que até sua teoria da natureza é carregada de elementos psicológicos, sendo o maior exemplo a "vontade" da vida em geral de se tornar cada vez mais complexa.

John Dewey levou essas crenças para o campo sociológico, no que se pode chamar de uma estética social. Esse termo "estética" tem para o autor um significado muito particular, pois se refere não à experiência obtida exclusivamente nas artes, mas à intensidade que pode estar presente em qualquer experiência. Para Dewey, os males do racionalismo são causados por uma estrutura social que não favorece uma expressão completa do ser humano, e isso tem consequências filosóficas, morais e também políticas. A democracia para o autor não é uma situação pronta, mas um

processo contínuo que precisa ser mantido, entre outras coisas, por uma educação que valorize a livre expressão do indivíduo na comunidade. A ciência, nesse processo, é uma ampliação das capacidades humanas, um instrumento para uma maior adaptação do sujeito ao meio natural e cultural.

O pragmatismo é, acima de tudo, um temperamento. O caráter radical dessa filosofia não se manifesta com palavras mas, coerentemente com sua raiz etimológica, no contato com temas práticos. Esse não pode ser qualquer contato; deve haver disposição do sujeito a aceitar o fluxo da experiência, a instrumentalidade de suas crenças, o falibilismo, o caráter estético até mesmo da atividade mais técnica. Para aceitar o pragmatismo, o leitor precisa concordar antes com suas premissas; essa filosofia não propõe um método em sentido estrito, mas uma ampla mudança de olhar. Como diz James, é uma nova forma de cuidar de antigos problemas.

Uma compreensão estética com relação às teorias sociais é o que permitirá analisar os dois autores que concluem a tese: John Rawls e Ronald Dworkin. Esses autores trazem, além de teorias que combinam com o conceito de estética social de Dewey, novas percepções sobre a ordem pública formada por direitos. Na interpretação mais ligeira de suas teorias, são racionalistas que exageram ao tentar justificar o ideal das democracias constitucionais em termos universais e neutros. Na interpretação pragmática, foram autores que, diante do desafio de justificar teorias da justiça em um ambiente filosófico relativista e cético, elaboraram versões estéticas do sentido de justiça. Na impossibilidade de provar por métodos estritamente racionais os seus pontos de vista, recorreram à estratégia cujo fundamento filosófico é antecipado pelo pragmatismo clássico.

A primeira fase de John Rawls é quando ele define os termos de sua teoria da justiça. Vê-se que, primeiramente, ele tentou justificar o processo de escolha da estrutura básica com argumentos neutros, da teoria da escolha racional. Para isso, utilizou as metáforas da posição inicial e do véu da ignorância. Apesar da considerável pretensão de neutralidade, nessa primeira fase já aparece que a estrutura básica é mais importante como processo de reflexão do que como justificação de uma tese política ou econômica. Rawls, no início de sua carreira, tinha a pretensão de que seus instintos de justiça fossem justificados por argumentos independentes de sua

formação cultural e política, mas com o tempo essa pretensão se mostrou insustentável.

Os poucos, mas relevantes elementos racionalistas de sua primeira fase deram passo, na sua fase mais madura, a elementos puramente pragmáticos. A teoria da justiça não se tratava mais de princípios justificados com referência a argumentos independentes, mas de um construtivismo que partia de uma concepção de pessoa. Assim como Posner, Rawls admite que sua teoria depende de suas convicções, e não o contrário. Nisso, reduz a importância de algumas de suas ideias do início da carreira: a teoria da justiça é, na fase tardia, apenas mais uma proposta política, uma concepção de justiça democrática que deve ser comparada às outras concepções na formação de um consenso coincidente. Esse consenso, formado pela interseção de teses tolerantes, resultado de um processo democrático e institucional de negociação, será responsável pela estrutura básica da sociedade. Por um acaso histórico, ou pela necessidade de sobrevivência, as sociedades são capazes de achar um consenso coincidente.

Não há argumentos neutros sustentando a tese do consenso coincidente, e um crítico exigente pode mostrar que ele não existe, e seja até mesmo impossível sua realização pelas sociedades como as conhecemos. Porém, não se trata mais de uma descrição da realidade: o consenso coincidente é uma ideia estética sustentada por uma esperança. Não restam argumentos neutros entre as armas de Rawls, e ele sabe disso: tudo que ele pode fazer é articular suas crenças da melhor maneira possível, e tentar construir uma teoria da justiça com e para aqueles que concordarem com suas suposições éticas e políticas.

Ronald Dworkin incorpora, no direito, a convicção democrática de que é necessário encontrar um consenso coincidente, de que é necessário ao menos buscar uma justificação objetiva dos juízos morais e jurídicos. Desde o início, quando criticava a indeterminação na teoria da interpretação jurídica, ele mostrou uma crença na independência dos juízos morais em relação a juízos de conveniência. Essa é uma crença também manifestada por Rawls: há alguns valores sociais, componentes da estrutura básica de justiça, que não podem ser abandonados ou prejudicados por qualquer medida política. Esses direitos existem não porque tragam uma maior soma

geral de felicidade, ou porque levem à prosperidade econômica ou técnica, mas porque as pessoas possuem uma natureza moral que precisa ser respeitada.

O direito como integridade, e a tese da resposta correta, são a expressão teórica dessa insatisfação de Dworkin com o ceticismo e o relativismo. Sendo um autor com capacidade de discutir até os mínimos detalhes das teses dos seus oponentes, ele facilita que se enxerguem claramente os argumentos que separam, na pós-modernidade, a crença na resposta correta e o ceticismo.

A diferença entre teorias do direito como as de Posner e Dworkin não reside em argumentos lógicos ou práticos porque, apesar de não falarem a mesma língua, são compatíveis. Tanto o moralismo de Dworkin quanto o ceticismo de Posner concordam com que pessoas inteligentes costumam divergir em temas morais controversos, que nenhuma conclusão científica é definitiva ou tem a capacidade de, sozinha, alterar as convicções morais de alguém, que a cultura e o contexto determinam as convicções morais e políticas, que não existe uma única resposta correta em questões de direito, que a interpretação jurídica não pode se restringir à letra da lei, que o poder dos precedentes pode ser relativizado etc. Ainda mais, Posner e Dworkin, sendo contemporâneos e pertencentes ao mesmo grupo intelectual, possuem convicções políticas semelhantes, compatíveis simultaneamente com o ceticismo e o relativismo.

Dworkin possui o talento de identificar que a divergência em tempos incertos se encontra em níveis mais gerais, nas visões de mundo. Isso não é um mero capricho: ele acredita que as pessoas precisam se sentir seguras, e motivadas a lutar pela posse de direitos. Ele também crê nos magistrados, não por serem seres superiores, mas por serem os melhores representantes, para ele, de um diálogo racional de distribuição e proteção de direitos fundamentais. A figura do juiz Hércules e as crenças num direito íntegro e na independência dos juízos morais também não são realidades objetivas; Dworkin as vê como crenças úteis, e nada mais. Mesmo um filósofo como ele entende que é necessário buscar um ponto de apoio emocional para convencer as pessoas de seu projeto, mas nem por isso ele desiste; sua crença e sua motivação são fortes o suficiente para que ele lance mão de todas as armas disponíveis, até daquelas que ele racionalmente sabe que terão pouco efeito.

Agrupadas os principais pontos de cada capítulo, são possíveis ainda algumas breves considerações, indicando possíveis caminhos para a continuação deste trabalho.

Em primeiro lugar, é pouco produtivo incorporar ao discurso jurídico o discurso de queda da modernidade, mesmo que esse discurso filosoficamente faça sentido. Não se trata de fechar o direito ao discurso filosófico; muito pelo contrário, trata-se de abrir o direito a outros discursos filosóficos. Os juristas não precisam ser lembrados o tempo todo de que suas decisões concretas não têm valor objetivo, e que os valores e os métodos de interpretação relevantes numa decisão podem não ser relevantes na outra. Tudo isso é muito importante, mas esse importante recado já foi dado.

Em segundo lugar, nada impede que uma linguagem de verdades objetivas e um discurso de neutralidade seja utilizado na justificação de direitos. Não há contradição entre a alegação de verdade absoluta no caso concreto e uma atitude geral de falibilismo e tolerância; as duas se complementam. A melhor explicação para esse fato são o *proviso* e o consenso coincidente, de Rawls. Para que uma crença faça sentido, precisa de raízes sólidas, como uma convicção moral de origem religiosa. Em geral, não se crê no direito à vida em abstrato; esse é um direito jurídico porque nos é profundamente importante valorizar a vida, seja o sujeito um ateu humanista ou um católico fervoroso. As convicções são levadas à praça pública, e antes passam pelo filtro democrático do *proviso*, que impede que os argumentos controversos entrem na negociação do consenso coincidente. O consenso neutro não é o início da discussão; ele só é possível porque é o resultado histórico de conflitos entre crenças profundamente importantes -- e válidas universalmente para aqueles que nelas acreditam.

Dworkin descreve o direito como integridade de forma análoga. Para esse jurista, uma teoria de princípios morais parte de decisões individuais, "de dentro para fora", e vai sendo construída passo a passo uma versão coerente que justifique essas decisões igualmente. Uma pessoa precisará de versões mais abrangentes, outras de versões menos abrangentes, mas todos precisam unir seus sentimentos particulares em uma história coerente. Nessa justificação, a teoria individual de um indivíduo pode se

encontrar com a do outro, e então pode ser formado um consenso geral no campo do direito.

Uma compreensão da ordem pública como princípios formados "de dentro para fora", ou "de baixo para cima", é compatível com o ceticismo e a tese da resposta correta, pois cada um se encontra em um nível diferente. A resposta correta se dá no caso particular, numa junção da experiência imediata com os princípios pertencentes ao indivíduo, e o ceticismo se dá num segundo momento, quando são comparadas as decisões individuais entre si e com os princípios estabelecidos, num processo reflexivo que pode modificar as descrições gerais de justiça, que são falíveis.

Em terceiro lugar, é necessário compreender o método de interpretação do direito inserido numa ordem pública formada por instituições. A teoria de Rawls e a economia política não são muito presentes nos debates da teoria do direito, ao menos no Brasil, mas possuem elementos para construir uma perspectiva geral e interessante do papel do jurista. Pode se pensar, com certa razão, que isso seria levar o direito para tópicos muito distantes da prática jurídica -- o conceito de prática é elástico, mas não tão elástico. No entanto, o papel de um equilíbrio reflexivo para um jurista não pode ser desprezado. Isso não significa que as faculdades de direito devam ter como leitura obrigatória "Uma teoria da justiça"; mais importante que isso é a teoria do direito se entender pragmaticamente como uma ferramenta da ordem pública, cuja função não se esgota no método.

Considerável ênfase é colocada nos limites da interpretação jurídica, especialmente do texto da lei, e não se nega que esse é um tópico importante. Ao mesmo tempo, no entanto, pouca ênfase é dada ao fato da decisão jurídica ser o fim de um processo de interpretação que começa muito antes. Não importa muito discutir se esse processo começa no legislativo ou nas ruas; mais importante é compreender que uma compreensão geral da ordem pública é necessária para identificar os problemas do direito como instituição e como método de decisão. Dworkin alerta corretamente: não se pode simplesmente fechar o olho à necessidade de justificação objetiva, à necessidade de princípios válidos para todos os cidadãos, porque o judiciário deve explicação à população e a si mesmo. O princípio U, de Habermas, também diz que toda justificação particular aspira à universalidade; essa

universalidade não se esgota numa técnica de interpretação, pois exige a expansão para além do caso concreto.

Essa expansão, é claro, não é ilimitada: a teoria do direito não pode simplesmente cuidar de tudo. Mas pode definir melhor os limites, ou ao menos compreender as conexões entre o método jurídico e o ambiente que o cerca. A função de uma teoria da ordem pública voltada para os problemas jurídicos (e não para os econômicos, políticos etc.), feita por juristas, teria pelo menos o mérito de evitar as falsas questões. Uma dessas questões é a escolha entre uma interpretação formalista e uma interpretação casuística como método de interpretação. Essa é uma alternativa inválida porque, em primeiro lugar, os métodos não se excluem; em segundo lugar, a eficiência de cada um deles vai variar de acordo com o ramo do direito e o desenho institucional.

Por exemplo, num sistema democrático em que haja um poder legislativo eficiente, ou uma comunidade em que a população tenha uma participação ativa no processo legislativo, pode-se ver a interpretação legalista como a mais adequada, uma vez que a discussão sobre os limites dos direitos pode ter-se dado num momento anterior. Um sistema menos democrático, em que os direitos garantidos no judiciário são um dos últimos recursos contra o abuso de poder, precisará de um ativismo judicial que pelo menos inicie um movimento político de maior alcance. Vale aqui uma observação que não é feita apenas pelo pragmatismo: as causas do direito, até mesmo da técnica jurídica, encontram-se dentro e, principalmente, fora do fórum.

Essas são algumas possibilidades, mas não as únicas, nem são exclusivas de uma visão inspirada pelo pragmatismo filosófico. O que o pragmatismo fez, durante toda a tese, foi inspirar reflexões, e não determinar conclusões; não se trata de uma filosofia que exclua possibilidades, ou reivindique monopólio sobre ideias. A visão pragmatista foi tida como a mais adequada para a teoria do direito contemporânea porque, sendo pluralista e estética, permite perceber a utilidade de algumas imagens que, segundo os critérios tradicionais, passariam despercebidas ou seriam simplesmente rejeitadas. Esse caminho não exclui outros, inclusive incompatíveis com os apresentados aqui. Espera-se, claro, que grande parte das análises aqui desenvolvidas esteja correta. Porém, mais importante que a verdade de cada um dos argumentos trazidos nesta tese é a possibilidade de novas leituras de antigos

problemas. Se é certo que o direito está em constante desenvolvimento, assumindo formas diferentes de acordo com o contexto, é necessário que a teoria do direito seja capaz de acompanhar a evolução, e isso passa pela capacidade de repensar suas próprias categorias.

É possível, ainda, que as ideias de uma teoria *do direito* ou de uma filosofia *do direito* tenham mergulhado numa crise tão profunda que seja melhor nem falar delas. É possível que uma tentativa de renovação da teoria do direito, mesmo modesta, seja apenas relutância em desligar os aparelhos que a mantêm viva. Não se pode excluir essa possibilidade, mas a visão que se tem aqui é outra: há sim uma estagnação na filosofia e teoria do direito, mas é por se colocarem insistentemente as mesmas perguntas.

Apenas sendo modificadas as questões será possível saber se ainda há ainda algo a se aproveitar da teoria/filosofia jurídica. Se a filosofia ainda tiver algo a dizer ao direito, tanto a filosofia quanto o direito se beneficiarão. Se não houver nada a dizer, também se beneficiarão.

Referências

- AGOSTINHO (1996). Confissões. In **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural.
- ALEXY, Robert (2005). **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy.
- APEL, Karl-Otto (2004). **A transformação da filosofia (v.2)**. Rio de Janeiro: Loyola.
- ATIENZA, Manuel (2001). As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy.
- AUSTIN, John (2002). Aulas sobre direito. In MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- AYER, A.J (2001). **Language, truth and logic**. London: Penguin.
- BERGSON, Henri (2010). **A evolução criadora**. São Paulo: UNESP.
- BOURDIEU, Pierre (1989). **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BROWNE, George (2003). Karl Popper e o Pragmatismo. **Estudos Universitários**, v. 3, n. 4, Recife: Editora Universitária.
- BURKE, Edmund (1790). **Reflections on the revolution in France**. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/15679/15679-h/15679-h.htm> . Acesso em 11/04/2013.
- CARNELUTTI, Francesco (2007). **A arte do direito**. São Paulo: Pilares.
- CARRILHO, Manuel Maria (1994). **Jogos de Racionalidade**. Porto: Asa.
- CASTRO Jr., Torquato (2010). **A pragmática das nulidades e a teoria dos atos jurídicos inexistentes**. São Paulo: Noeses.
- CHARTIER, Roger (2002). **À beira da falésia**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas (2007). **Law and economics**. New Jersey: Prentice Hall.

DAVIDSON, Donald (1984). **Inquiries into Truth and Interpretation**. Oxford: Clarendon Press.

DEWEY, John (1924). Logical method and law. **The Philosophical Review**, v.13, n. 6, p. 560-572.

_____ (1931). Qualitative Thought. **Philosophy and Civilization**. New York: Minton, Balch and Co.

_____ (1958). **Experience and Nature**. New York: Dover.

_____ (1959). **Democracia e educação**. São Paulo: Nacional.

_____ (1980). **Art as experience**. New York: Perigee.

DILTHEY, Wilhelm (2006). **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Rio de Janeiro: Vozes.

DREBEN, Burton (2003). On Rawls and Political Liberalism, in FREEMAN, Samuel (org.), **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 316-346.

DURKHEIM, Émile (1999). **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, Ronald. (1963). Judicial discretion. **The journal of philosophy**, v. 60, n. 21, p. 624-638.

_____ (1975). Hard cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, p. 1057-1109.

_____ (1996). Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and public affairs**, v. 25, n. 2, p. 81-139

_____ (1998). Darwin's new bulldog. **Harvard Law Review**, v. 111, n 7, p. 1718-1738.

- _____. (2003). **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (2007). **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (2009). **O domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes.
- FRAZER, Michael L. (2007). John Rawls: Between Two Enlightenments. **Political Theory**, v. 35, n. 6, p. 756-780.
- FREEMAN, Samuel. (2003) John Rawls - An overview. in FREEMAN, Samuel (org.), **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-61.
- FREGA, Roberto (2011). A pragmatist critique of liberal epistemology: towards a practice-based account of public reason. **Critical Horizons** 13, vol. 3, p. 293-316.
- GADAMER, Hans-Georg (2008). **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes.
- GOLDSCHMIDT, Werner (2005). **Introducción filosófica al derecho**. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- HART, H.L.A. (1973) Rawls on liberty and its priority. **The University of Chicago Law Review**, v. 40, n. 3, p. 534-555.
- _____. (1983). Positivism and the Separation of Law and Morals. In: _____. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, cap. 2, p. 49-87
- _____. (2005). **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- HEIDEGGER, Martin (2010). **A caminho da linguagem**. Rio de Janeiro: Vozes.
- HINTIKKA, Jaakko; HINTIKKA, Merrill (1994). **Uma investigação sobre Wittgenstein**. Campinas: Papirus.
- HOBBS, Thomas (2000). **Leviatã. Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural.
- _____. (2004). **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. (2002). O caminho do direito. In MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2011). **The common law**. Toronto: Typographical Society.

HUME, David (2004). **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo, UNESP.

JAMES, William (1909). **A pluralistic universe**. Domínio público. Disponível em www.amazon.com, acesso em 02/07/2013

_____ (1912). **The will to believe**. New York: Longmans, Green and Co.

_____ (1967). **Pragmatismo e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lidaador.

KELLOGG, Frederic (2006). **Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint**. New York: Cambridge.

_____ (2010), Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order. **Contemporary Pragmatism**, vol. 7, n. 2. Amsterdam: Rodopi, p. 1-14.

KANT, Immanuel (2011). **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret.

KELSEN, Hans (1998). **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

KOSNOSKI, Jason (2005) Dewey's social aesthetics. **Polity**, v. 37, n.2, p. 193-215.

LARENZ, Karl (1989). **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

LEITER, Brian (2003). Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **American Journal of Jurisprudence**, V. 48, p. 17-51.

LININGER, Tom (2007). On Dworkin and Borkin'. **Michigan Law Review**, v. 105, n. 6, p. 1315-1332.

MATOS, José Cláudio Morelli (2012). A função dos hábitos no pensamento reflexivo, segundo John Dewey. **Ágora Filosófica**, ano 12, n. 1.

MENAND, Louis (2001). **The metaphysical club**. New York: Farrar, Straus and Giroux.

MILL, John Stuart (1879). **Utilitarianism**. London: Longmans, Green, and Co.

NEVES, Marcelo (2008). **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes.

OLIVEIRA, Luciano (2004). Direito alternativo e pluralismo jurídico no Brasil. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal.

PEIRCE, Charles S. (1967) How to make our ideas clear. **Selected Writings**. New York: Dover.

_____ (2013). What Pragmatism is. Disponível em <http://www.cspeirce.com/menu/library/bycsp/whatis/whatpragis.htm> , acessado em 03/07/2013.

PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1996). **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes.

POPPER, Karl (1998) **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix.

_____ (2001). **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Cultrix.

POSNER, Richard (2009). **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes.

QUINE, Willard (1951). **Verification truth and reductionism**. Disponível em <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/us/quine.htm> , acessado em 10 de abril de 2013.

RAWLS, John. (1974). The independence of moral theory. **Proceedings and addresses of the American Philosophical Association**, v. 48, p. 5-22.

_____ (1980). Kantian constructivism in moral theory. **The Journal of Philosophy**, v. 77, n. 9, p. 515-572.

_____ (1985). Justice as fairness: political not metaphysical. **Philosophy Public Affairs**, v. 14, n. 3, p. 223-251.

_____ (1987). The idea of an overlapping consensus. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 7, n. 1, p. 1-25.

_____ (1997). The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**, v. 4, n. 13, p. 765-807.

_____ (2002). **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2005). **Political liberalism**. New York: Columbia University Press.

REALE, Miguel (2002). **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva.

RORTY, Richard (1988). **A filosofia e o espelho da natureza**. Lisboa: Dom Quixote.

_____ (1989). **Contingency, irony and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press.

ROSS, Alf (2004). **Tô-tô**. São Paulo: Quartier Latin.

SALDANHA, Nelson (2002). **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar.

_____ (2005). **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey.

_____ (2010). **Teológico, metafísico, positivo**. Rio de Janeiro: ABL.

SANTAELLA, Lúcia (2004). **O método anticartesiano de C.S. Peirce**. São Paulo: UNESP.

SAVIGNY, Friedrich Karl von (2002). Da vocação de nossa época para a legislação e jurisprudência. In MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes.

SHAPIRO, Ian (2003). **The moral foundations of politics**. New Haven: Yale University Press.

_____ (2006). **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes.

SICHES, Luis Recaséns (1956). **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

STRUCHINER, Noel (2002). **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar.

TREVES, Renato (2004). **Sociologia do direito**. Barueri: Manole.

UNGER, Roberto M. (2009). **The self awakened**: pragmatism unbound. Cambridge: Harvard University Press.

VICO, Giambattista (1984) **Princípios de (uma) Ciência Nova**: acerca da natureza comum das nações. **Os pensadores: Vico**. São Paulo: Abril Cultural.

VILANOVA, Lourival (2010) **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses.

WEBER, Max (2004). **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1979). **Investigações Filosóficas**. **Os Pensadores: Wittgenstein**. São Paulo: Abril Cultural.